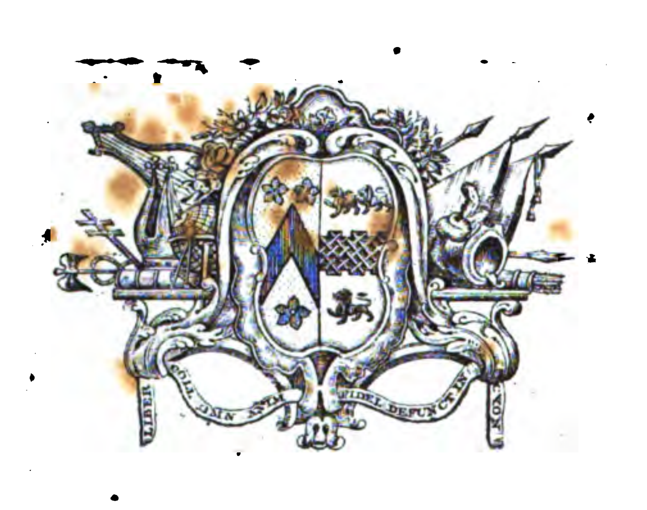
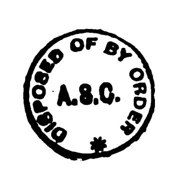
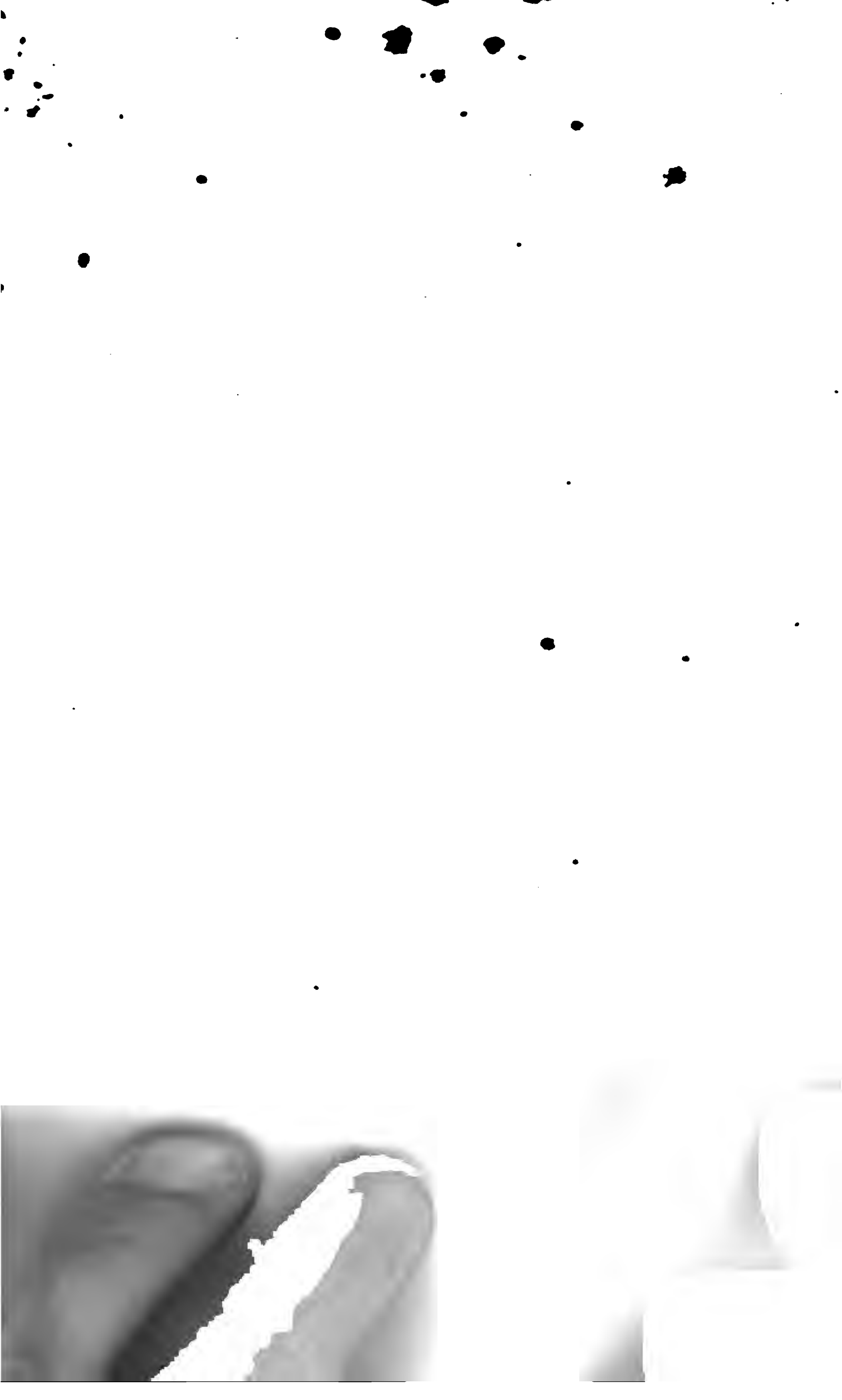



LIBER
FIDEL DEFUNCT IN


DISPOSED OF BY ORDER
A.S.C.

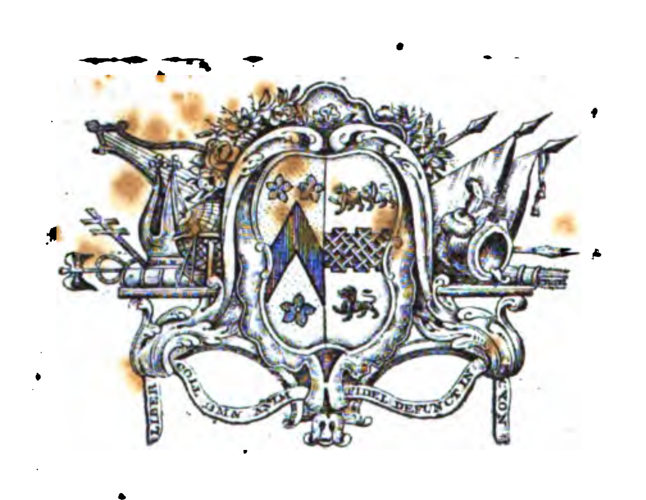


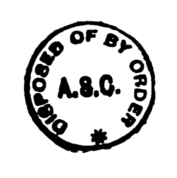
EXPLICATION

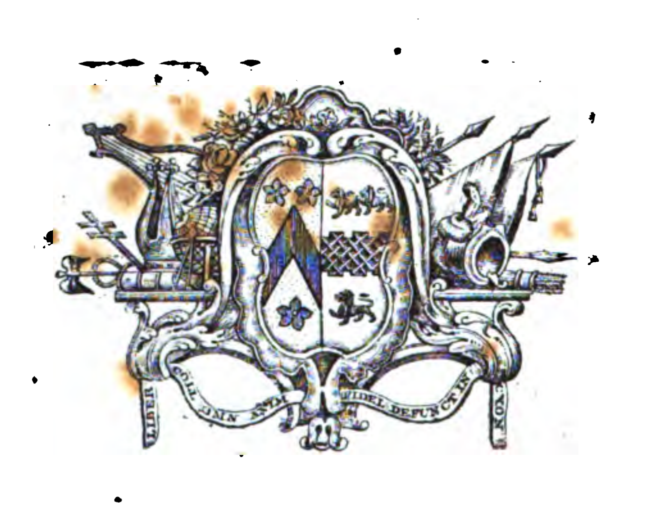
THÉORIQUE ET PRATIQUE

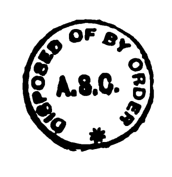
DU CODE CIVIL

I


LIBER
FIDEL DEFUNCT IN
OXON


DISPOSED OF BY ORDER
A.S.C.


LIBER
COLL
ANIM
FIDEL DEFUNCT IN
OXON


DISPOSED OF BY ORDER
A.S.C.

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

I

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
Rue des Missions, 15.

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE CIVIL

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

ET UN

TRAITÉ RÉSUMÉ APRÈS LE COMMENTAIRE DE CHAQUE TITRE;

PAR V. MARCADÉ

Ancien avocat à la Cour de Cassation, au Conseil d'État et du Ministère de l'Intérieur,
l'un des rédacteurs-fondateurs de la *Revue critique de Jurisprudence*.

SEPTIÈME ÉDITION

Augmentée de plusieurs Questions et des Lois et Arrêts récents.

> La science du droit consiste autant dans la refutation des faux principes que dans la connaissance des veritables.
>
> *Répertoire de* MERLIN, v° *Novation*.

TOME PREMIER

PARIS

DELAMOTTE ET FILS, ÉDITEURS

ADMINISTRATEURS DU RÉPERTOIRE DE L'ENREGISTREMENT

Par M. Garnier

9, RUE CHRISTINE-DAUPHINE, 9

1873

y.

MARCADÉ

NOTICE NÉCROLOGIQUE

Marcadé est mort le 17 août 1854, à un âge où l'homme peut encore se promettre un long avenir. En publiant aujourd'hui une édition nouvelle de son commentaire du Code civil, annoté et mis au courant de la doctrine et de la jurisprudence actuelle, les éditeurs ont pensé qu'il ne serait pas sans intérêt de donner sur la vie et les travaux de cet éminent jurisconsulte quelques détails propres à les faire connaître. C'est pourquoi ils empruntent à la *Revue critique* la notice qui y fut insérée, en 1854, par M. Paul Pont, le collaborateur de Marcadé dans ce recueil qu'ils fondèrent ensemble, l'ami auquel Marcadé a laissé le soin de continuer et de compléter son œuvre. Voici cette notice dans ses parties principales :

Victor-Napoléon Marcadé naquit à Rouen le 28 juillet 1810, de Jean-Charles Marcadé et de Marie-Rose Grandin. Elevé sous les yeux et par les soins d'une mère profondément imbue des idées religieuses, sa première pensée fut tournée vers l'état ecclésiastique : il fit toutes ses études au séminaire. Mais si l'instruction qu'il y reçut développa en lui cette foi religieuse qu'il a gardée jusqu'au dernier jour de sa vie, peut-être cette instruction ou plutôt l'esprit dans lequel elle était donnée, contribua-t-il à le détourner de sa vocation première. « En 1829, dit-il, dans un livre dont j'aurai bientôt à parler, nous faisions notre cours de philosophie, avec plus de quatre-vingts autres jeunes gens, dans un Etablissement dont les professeurs étaient les partisans dévoués du système du *Sens commun*. M. Lamennais, selon eux, résumait en sa personne tous les Pères et docteurs de l'Eglise, tellement que Bossuet, en face de lui, n'était

qu'une intelligence inférieure, un écrivain de second ordre, dont on conseillait de se défier, parce que ses doctrines, disait-on, n'étaient pas d'une orthodoxie toujours sûre!.... Avec notre jeune intelligence de vingt ans, nous crûmes voir que cet enthousiasme était exagéré; nous osâmes (car il fallait *oser*) dire : « Il y a de grandes et belles » choses chez M. Lamennais, mais il y a aussi des idées incontesta- » blement fausses et dont les conséquences contrediraient les vérités » chrétiennes. » Nos quatre-vingts condisciples furent témoins de notre opposition soutenue et des profonds désagréments qu'elle nous causa... »

Pour qui a connu Marcadé, pour qui sait l'inébranlable fermeté avec laquelle il se maintenait dans une conviction, bien ou mal assise, il y a lieu de penser que cette opposition et ces désagréments dont il parle purent l'éloigner d'une carrière dans laquelle il supposa, à tort ou à raison, qu'il ne pourrait marcher sans s'exposer chaque jour à des luttes nouvelles. Quoi qu'il en soit, il quitta le séminaire, ses études à peine achevées, et il entra dans la vie commune.

Alors, au milieu d'épreuves auxquelles il était d'autant moins préparé que rien, dans sa position de famille, ne l'avait averti qu'il y dût être soumis, sa pensée se fixa sur un travail dont son éducation même lui avait suggéré l'idée : il prépara, sur la science morale et religieuse, un livre qui, dans son appréciation, devait avoir deux ou même trois volumes. Il en posait les bases dans des réflexions qu'il écrivait et auxquelles il ne voulait donner la forme du livre que dans un avenir éloigné, se réservant d'y revenir souvent, de les revoir, de les corriger et de les compléter. Cependant, pour pressentir l'opinion publique, et sans doute aussi pour ajouter à ses ressources, il avait demandé et obtenu pour ses réflexions, à mesure qu'il composait, la publicité de l'un des journaux de Rouen. Mais les attaques ne furent pas plus épargnées au jeune publiciste qu'elles ne l'avaient été à l'élève en philosophie. « Nous eûmes bientôt à essuyer en sens divers, dit-il encore lui-même, de vives critiques, de rudes agressions. Pendant que des catholiques, que nous savons dignes de toute estime, mais que nous croyons plus consciencieux qu'éclairés, nous accusaient de porter atteinte à la pureté de la doctrine évangélique, en nous jetant dans des idées libérales qui leur semblaient incompatibles avec elle, les partisans d'un libéralisme que nous voudrions voir pénétrer partout, mais qui nous paraît être sans base en dehors des principes chrétiens, nous accusaient de le détruire en lui donnant pour fondement des dogmes et des préceptes qu'ils s'imaginaient conduire à son renversement. Ainsi..., tandis que nous voulions faire comprendre au catholique que les idées chrétiennes conduisent au libéralisme comme à leur conséquence forcée, et à l'homme libéral que son système n'a

de base logique que dans ces idées chrétiennes, nous avons eu, non pas toujours, à beaucoup près, mais souvent pourtant, la douleur de les voir tous deux nous repousser et s'obstiner à conserver, le premier, un principe dépouillé de sa conséquence; le second, la conséquence séparée du principe... Les désagréments furent nombreux. Ils nous déterminèrent à cesser notre publication, et nous firent prendre la résolution de ne jamais revenir sur ces idées. »

Marcadé ne s'est pas tenu à cette résolution; on le verra bientôt.

Mais elle fut prise très-sérieusement à cette époque; et elle eut, alors, cela de bon qu'elle permit à cette haute intelligence de reconnaître enfin, après bien des tâtonnements, sa voie véritable. Il devint, en effet, alors, élève de la Faculté de droit de Paris : il commença à l'âge où bien des jeunes gens achèvent, et pendant trois ans, il suivit, avec une assiduité remarquable, non-seulement les leçons de M. Demante, au cours duquel il était inscrit, mais encore celles de plusieurs autres professeurs de droit français, notamment celles de M. Bugnet. Il s'est toujours plu depuis à rendre hommage à ces doctes professeurs et à reconnaître qu'il devait à leurs savantes leçons une grande partie de ce qu'il avait acquis. C'est que, dominé par un insatiable besoin de s'éclairer et d'apprendre, il en suivait les enseignements avec une assiduité et une ardeur tout exceptionnelles. Et comme il n'acceptait pas une idée qu'il ne l'eût soumise au contrôle de sa raison; comme il n'était pas satisfait tant qu'il ne s'était pas rendu compte, il suivait la parole du maître, la recueillait dans des notes qu'il prenait aussi étendues que possible, qu'il rédigeait ensuite, qu'il commentait même, qu'il discutait au besoin, et auxquelles il donnait ainsi le cachet de son individualité.

Ces notes, ou plutôt ces amplifications et ces commentaires, soigneusement conservés dans des cahiers que j'ai eu plus d'une fois l'occasion de consulter avec lui, sont devenus ensuite son *Explication théorique et pratique du Code civil.* Non pas que Marcadé les ait reproduits dans ce livre devenu maintenant célèbre et auquel il doit, en grande partie, son renom dans la science, mais en ce que le livre y a trouvé son idée première, et, en un sens, sa raison d'être.

A Rouen, où il était retourné après avoir terminé son cours de droit, il lui arriva, parfois, comme avocat, de se servir de ses cahiers pour combler certaines lacunes qu'il avait trouvées dans les ouvrages de droit même les plus autorisés. Ainsi, au point de vue des principes, il remarquait que les commentaires ou les traités approfondis se bornaient à les indiquer comme des points déjà connus. Son esprit méthodique le portait à exiger plus que cela; il aurait voulu « que tout principe fût montré sous toutes ses faces, précisé dans tous ses caractères, analysé dans sa physionomie, pour qu'on le reconnût plus

tard, partout et toujours, dans quelque circonstance et sous quelque forme qu'on pût le rencontrer. » D'un autre côté, il trouvait que le raisonnement était trop souvent sacrifié à l'autorité des traditions, et que trop souvent aussi, même sur des questions capitales, « on avait des décisions sans preuves qui circulaient de livre en livre, et se transmettaient comme une monnaie courante dont personne n'avait songé même à vérifier le titre. » Or les cahiers de Marcadé étaient le résultat d'un travail dans lequel il s'était attaché précisément d'abord à mettre le principe toujours en relief, et ensuite « à substituer le raisonnement à l'autorité des traditions en remplaçant les idées de convention par des idées logiquement appréciées. » Et comme ces cahiers lui avaient fourni les moyens de combattre, quelquefois avec succès, des solutions généralement admises, il fut conduit à penser qu'un ouvrage exécuté dans l'esprit de ces cahiers, sur l'ensemble du Code civil, aurait, aux yeux des juristes, ce caractère incontestable d'utilité, qui promet, qui assure même le succès. Il se détermina à entreprendre cette œuvre : et la détermination une fois prise, il porta dans l'exécution cette ardeur et cette puissance de volonté que rien, pas même la longue et douloureuse maladie à laquelle il a succombé, ne put abattre chez lui.

Au mois de novembre 1841, après plusieurs années employées, dans le silence et la retraite, à rassembler et à coordonner les éléments divers de son œuvre, Marcadé donna la première livraison de ce livre dont il s'est occupé sans relâche depuis jusqu'au dernier jour de sa vie. Il n'a pu l'achever pourtant; il avait donné le commentaire du Code civil jusqu'au titre de *Louage* inclusivement (art. 1 à 1831); puis, rompant avec l'ordre du Code, il avait publié son explication du titre de la *Prescription* (art. 2219 à 2281) : et c'est à ce moment, alors qu'il songeait à revenir sur ces pas pour commenter les titres intermédiaires, que la mort est venue le frapper. Toutefois, il n'a pas voulu que l'œuvre à laquelle il avait voué sa vie demeurât inachevée; et quand il a senti qu'il ne lui serait pas donné d'accomplir sa tâche, il a laissé à un ami le soin de continuer et de compléter sa pensée.

Plus que personne, cet ami comprend ce que la pensée aurait gagné à être traduite en entier par celui qui l'avait conçue. Et sans doute que, même avec le peu de jours que Dieu lui avait comptés, Marcadé aurait achevé son œuvre, s'il n'eût employé ses forces et son temps à d'autres travaux.

Ainsi, il avait annoncé au public un ouvrage à la fois théorique et pratique. Mais s'il avait en lui le mérite du théoricien à un degré éminent, celui du praticien lui faisait faute, et il n'hésitait pas à le reconnaître. Comment en eût-il été autrement? La pratique ne se devine pas; il faut, pour l'acquérir, voir de près les affaires et les traiter.

Or, Marcadé n'avait jamais été mêlé à la pratique au moment où il commença son entreprise. Il n'était donc pas en mesure de remplir complétement son programme. Ce fut, en partie, pour y pourvoir que, le 28 mars 1845, un peu plus de trois ans après avoir commencé sa publication, et au moment où il s'occupait de sa troisième édition, il s'attacha au barreau de la Cour de cassation, comme successeur de M. Letendre de Tourville. Assurément son commentaire s'est ressenti en bien de la part qu'il prit alors aux affaires, et pour ceux qui lisent avec attention, il est évident que le livre de Marcadé a marché de plus en plus dans les conditions du programme, et aussi dans la voie du progrès.

Malheureusement il n'était pas donné à l'auteur de fournir, comme avocat à la Cour de cassation, une bien longue carrière; plusieurs circonstances devaient lui commander d'y renoncer.

Sa santé, d'abord, était un obstacle. Né faible et souffreteux, Marcadé n'aurait pu résister longtemps aux fatigues de l'audience : c'était déjà beaucoup, avec sa frêle constitution, d'avoir entrepris la composition de son livre : ajouter, par surcroît, à cette tâche déjà si lourde les travaux d'un cabinet et les luttes du barreau, c'était se lancer dans une vie de labeurs impossibles, et affronter des dangers dont ses amis étaient effrayés.

Ensuite, Marcadé, avocat à la Cour de cassation, était en même temps écrivain, qualités qui n'avaient assurément rien d'incompatible, mais dont l'une ne pouvait manquer de gêner les tendances de l'autre, chez lui particulièrement, en raison de la mission qu'il s'était donnée et des formes qu'il avait prises. Marcadé avait dit hautement « qu'il revendiquerait dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du droit de libre examen et de franche discussion : » et s'il n'en était pas venu jusqu'à dire que personne avant lui n'eût usé de ce droit, il avait pensé, du moins, et il avait dit que la pratique en était trop timide, « que, loin d'y sacrifier l'intérêt des noms propres à l'intérêt de la vérité, on y sacrifiait volontiers la vérité à l'intérêt des noms propres. » Il se récriait là-dessus, dans ses entretiens avec ses amis comme dans ses écrits. « La vérité est une, disait-il; elle est absolue et ne comporte rien de relatif; l'erreur dès lors doit être combattue sans acception de personnes, sans préoccupation des titres et qualités de celui qui l'a émise; et si, en tous cas, on peut faire quelque différence, la réfutation la plus énergique devra s'adresser précisément à la position la plus élevée, puisque l'erreur y est plus puissante et plus contagieuse qu'ailleurs. » On comprend, d'après cela, ce que l'avocat devait imposer de gêne et de contrainte à l'écrivain, lorsque celui-ci rencontrait devant lui une doctrine de la Cour suprême à combattre,

quand il avait à lutter contre une autorité éminente par-dessus toutes les autres.

De plus, sa double qualité lui créait parfois une position dans laquelle sa conscience se trouvait justement blessée. En voici une preuve dont il y a la trace dans son livre où le lecteur pourra la retrouver. Il s'agissait d'une question grave; la Cour dont l'arrêt était critiqué avait consacré l'opinion de Marcadé : on lui proposait cependant de former le pourvoi et de le soutenir. Il s'y refusa une première fois, puis une seconde, puis une troisième, malgré les vives instances de la partie. Cependant l'intervention d'un ami le détermina à accepter : il forma le pourvoi qui fut admis par la chambre des requêtes, et il obtint une cassation à la chambre civile. En sorte que l'écrivain eut à critiquer dans son livre un arrêt que l'avocat avait obtenu.

C'était bien plus qu'il n'en fallait pour déterminer Marcadé à laisser une carrière qui l'exposait à de pareilles contradictions : ce fait et d'autres faits analogues, plus encore que l'intérêt de sa santé, le firent céder aux conseils de ses amis, et en 1851, le 10 mai, il se démit de sa charge en faveur de M. Mimerel, après six années d'un exercice qui avait ralenti quelque peu sans doute la marche de son livre, mais qui ne fut pas sans profit pour le livre même, à raison des connaissances pratiques que l'auteur avait pu acquérir.

A peu près à la même époque, Marcadé, dont le zèle et l'ardeur étaient infatigables, consentit à fonder, avec celui qui écrit ces lignes et avec l'un de nos plus éminents jurisconsultes, M. Demolombe, la *Revue critique*, à la rédaction de laquelle il a si largement concouru. Au mois de janvier 1851, fut publiée la première livraison de cette *Revue* qui, plus encore que l'*Explication théorique et pratique du Code civil*, a mis en relief la fécondité de Marcadé et son esprit critique. En ceci encore Marcadé ne s'écartait pas de la voie qu'il s'était ouverte par la publication de son livre, car la *Revue* et le livre avaient cela de commun que le but de l'un et de l'autre fut de ramener les praticiens à l'étude sérieuse du droit par l'examen des points où la pratique s'en écarte. Aussi peut-on se convaincre, en reprenant un à un les remarquables articles par lesquels il a payé son tribut à la rédaction, que, loin de sacrifier son livre à la *Revue* ou la *Revue* à son livre, il les employait l'un et l'autre comme deux agents qui se prêtaient, pour l'expression de sa pensée, un mutuel secours.

A ce point de vue, il est vrai de dire que son œuvre n'eut réellement pas à souffrir soit de son passage au barreau de la Cour de cassation, soit de sa collaboration à la *Revue critique*. Mais elle a souffert, sans compensation aucune, au moins pour l'œuvre elle-même, de la publication de ses *Études de science religieuse*. Marcadé, qui avait

pris la résolution de ne jamais revenir sur ces idées, après les attaques dont il avait été l'objet lorsqu'il les produisit pour la première fois, fut cependant repris, en 1847, de l'impérieux besoin de les communiquer. « Quand une pensée, disait-il, a fortement pris possession d'une intelligence, ce n'est pas l'homme qui est maître de cette pensée, c'est la pensée qui devient maîtresse de l'homme et ne cesse de peser sur lui jusqu'à ce qu'il la communique. Ainsi nous est-il arrivé. La peur nous avait arrêté... Mais le besoin providentiel de communication devait l'emporter sur la peur. Nous avons compris qu'il n'était pas permis à l'homme de tenir cachée la pensée qui est devenue chez lui une intime conviction... » Marcadé se mit donc à revoir ses notes et réflexions plus de quinze ans après les avoir écrites ; il s'attacha à les corriger et à les compléter; et il les publia, non pas avec toute l'extension qu'il s'était d'abord proposé de leur donner, mais en un volume de près de 700 pages, sous le titre d'*Études de science religieuse expliquée par l'examen de la nature de l'homme*. Il a donné une année tout entière aux soins de cette publication, année précieuse qu'il a dépensée dans l'intérêt d'une conviction fort respectable, mais qui a été perdue pour son commentaire du Code civil.

En 1852, Marcadé s'était affaissé en quelque sorte sous le poids des travaux qu'il avait exécutés. Sa santé s'était visiblement altérée. Plus rien ne le retenait à Paris, car depuis près d'un an il avait cessé d'être attaché au barreau de la Cour de cassation, et il pouvait continuer ailleurs qu'à Paris son commentaire du Code et sa collaboration à la *Revue*. Les goûts et les affections de toute sa vie le rappelaient dans son pays natal ; il comptait qu'il retrouverait à l'air de son pays, à Raimbouville, près de Rouen, dans le calme de sa chère campagne, les forces qu'il sentait diminuer chaque jour. Il quitta donc Paris avec sa famille le 5 juin 1852. Moins d'un an après se manifestèrent les accidents qui devaient le conduire au tombeau. Il s'alita au mois d'octobre 1853; et après dix mois d'une cruelle maladie, il succomba, le 17 août suivant.

Pendant le cours de cette douloureuse période, le découragement le visita souvent; mais il ne perdait pas l'espérance; et quand ceux qui l'entouraient ne se faisaient plus depuis longtemps aucune illusion, il formait, pour le temps où il serait rendu à la santé, des projets qui, malheureusement, ne devaient pas se réaliser.

Quelques-uns, qui ne l'avaient pas connu, l'ont jugé sur son style; et parce que, dans sa forme d'écrire, il ne savait pas toujours garder une juste mesure, ils ont supposé qu'il devait être incommode et fâcheux dans les rapports de la vie privée. De toutes les appréciations, c'est la plus inexacte. Marcadé a été ce qu'il y avait de meilleur, de

plus affectueux, de plus doux, de plus facile aux relations. Si, dans ses écrits, il a blessé parfois ses contradicteurs, ce fut toujours sans intention : les torts de sa polémique ne furent pas les siens, à vrai dire; ils furent plutôt ceux de son éducation première; ceux de la solitude dans laquelle il avait toujours vécu, entre ses livres et sa famille; peut-être aussi ceux de sa constitution maladive. Quant à lui, il n'en avait pas conscience; et ses amis, qui le savaient bien, ne songeaient guère à les lui reprocher. Ils n'ont pas cessé de voir en lui l'homme de bien, l'ami sûr, l'intelligence d'élite; et en déplorant la mort qui l'enlevait si prématurément à ses travaux, ils ont compté qu'il lui serait donné de se survivre dans ses livres et que son nom prendrait rang parmi les auteurs qui ont le mieux servi la science et l'ont le plus utilement propagée. Il est permis de dire aujourd'hui que leur attente n'a pas été trompée.

PAUL PONT.

PRÉFACE [1]

Après avoir déjà modifié, dans ma quatrième édition, la première partie du titre de cet ouvrage, en substituant au mot *Eléments* ceux de *Cours élémentaire,* je me détermine aujourd'hui, pour donner satisfaction aux nombreuses observations que j'ai reçues à cet égard, à supprimer entièrement cette partie du titre, pour faire devenir titre principal et unique cet ancien sous-titre : *Explication théorique et pratique du Code civil.*

Depuis deux ou trois ans que le livre s'est répandu de plus en plus de l'Ecole au Palais, qu'il est plus souvent cité devant les tribunaux, même devant la Cour de cassation, soit par les avocats, soit même par les magistrats du ministère public, des hommes éminents m'ont souvent fait remarquer que les mots *éléments* ou *élémentaire,* généralement pris dans un sens tout autre et beaucoup moins élevé que celui dans lequel je les avais employés, devenaient un danger, et que l'intérêt même de la science en demandait la suppression. J'ai dû me rendre à ces raisons.

Du reste, en supprimant les mots, je n'ai eu rien à changer aux choses, et le livre reste toujours *livre élémentaire,* du moment qu'on entendra cette expression dans le sens que je lui donne et que j'explique ici, comme je l'avais fait dans les précédentes éditions.

Ou bien le mot *éléments* n'a pas de sens, ou bien il signifie les commencements d'une chose, ses parties premières, essentielles, constitutives. Les éléments d'une science sont les idées mères, les principes fondamentaux de cette science. L'ouvrage élémentaire est celui qui réalise, sur le terrain des intelligences, les premiers travaux de la construction scientifique à élever; c'est lui qui doit creuser le sol, asseoir solidement les fondements, assembler fortement la charpente, faire tout ce qui constitue l'édifice; quant à tout le reste, quant aux mille travaux d'achèvement qui donneront de la commodité, de la beauté, du luxe même, ils sortent de ses limites.

C'est-à-dire qu'entre un livre élémentaire et un ouvrage approfondi, il doit y avoir deux différences, dont la première est pour l'au-

---

(1) C'est la préface que Marcadé avait placée en tête de la 5ᵉ édition.

teur élémentaire un travail de moins, mais dont la seconde est un travail de plus.

La première différence consiste en ce que le livre élémentaire n'environnera pas l'exposé d'un principe d'autant de circonstances historiques, philosophiques ou autres; remontera moins haut dans la recherche de son origine et de sa filiation; descendra moins bas dans la déduction de ses conséquences, que sa mission n'est pas de développer jusque dans leurs derniers détails. C'est là un travail en moins.

Mais les principes, et c'est là la seconde différence, avec quel soin minutieux il doit s'occuper de les rendre saisissables et de les graver profondément dans l'esprit! Ces principes, que l'ouvrage approfondi se contentera souvent d'indiquer comme des points déjà connus, avec quelle attention le livre élémentaire doit les mettre en relief! Comme il doit poursuivre sans relâche toutes les propositions qui ont porté atteinte à l'un de ces *éléments,* à l'une de ces bases de la science! Comme il doit montrer ces principes sous toutes leurs faces, préciser tous leurs caractères, analyser leur physionomie, pour qu'on les reconnaisse plus tard, partout et toujours, dans quelques circonstances et sous quelque forme qu'on puisse les rencontrer! Or, c'est là un travail en plus.

Et ce travail sera long; car l'erreur présentée en une seule ligne, il faudra parfois toute une page pour la faire bien comprendre, puis toute une page encore pour la combattre.

Mais aussi, qu'on ne s'y trompe pas, l'importance d'un tel livre est grande. Les éléments! les principes! est-ce donc peu de chose que cela?... Eh! mon Dieu, si les principes étaient moins incompris, est-ce que nos tribunaux, nos auteurs les plus consultés, nos jurisconsultes les plus renommés, seraient si souvent en désaccord?... Il faudrait le dire et le crier bien haut : les principes sont trop oubliés, trop peu étudiés. On ne lit pas assez, on ne fait pas assez de livres élémentaires...

Ce qui caractérise un livre élémentaire, ce n'est pas la réduction de l'ouvrage à un cadre très-resserré, ce n'est pas l'omission des questions importantes, beaucoup moins encore leur solution par *oui* et *non.* Avec un tel système, on ne fait point un livre élémentaire, on ne pose point les fondements de la science; loin de là, on rend cette science beaucoup plus difficile à atteindre, je dirais volontiers impossible.

Ce qu'il faut dans un livre élémentaire, c'est, d'une part, la proscription de ces longues excursions historiques, de ces hautes considérations de législation, de ces comparaisons approfondies avec le droit ancien, de ces savantes dissertations sur les lois romaines, de ces analyses détaillées d'arrêts, lesquelles ne sont point indispensables

pour la parfaite intelligence de notre Code civil; puis, d'un autre côté, la méthode plus claire, le soin plus scrupuleux, les précautions plus grandes avec lesquelles les principes seront établis, les questions discutées et résolues...

Je suis loin, on le voit, de partager l'opinion, assez répandue, qu'un ouvrage approfondi doit être très-long et un livre élémentaire très-court. Selon moi, ils seront forcément longs l'un et l'autre : le premier, parce qu'il doit dire plus de choses; le second, parce qu'il doit dire les choses plus longuement...

Est-ce à dire qu'un ouvrage de très-peu d'étendue ne puisse jamais servir à rien? Telle n'est pas mon idée. Cet ouvrage peut être utile, très-utile; mais c'est seulement pour présenter une seconde fois, et dans un tableau plus resserré, les choses précédemment étudiées avec le développement nécessaire : il doit avoir pour objet, non pas d'*expliquer,* mais de *rappeler* ce qu'une explication antérieure a fait comprendre... Vouloir se contenter de lui, ce serait, ni plus ni moins, prétendre *se souvenir* de ce qu'on n'a jamais su.

C'est parce que, venant après une explication suffisante, ce travail me paraît fort utile, que j'ai donné, à la fin de chaque titre, un résumé, aussi succinct, mais aussi complet que possible, de tous les développements de ce titre.

Quant à la méthode que j'ai suivie, c'est une fusion, telle que me la permettaient les circonstances, des deux modes exégétique et dogmatique, entre lesquels se partagent les meilleurs esprits. Cette dissidence des hommes supérieurs suffirait, en effet, pour prouver qu'aucun des deux systèmes ne doit être employé exclusivement; et quand on descend ensuite à l'examen des faits, et surtout à l'observation des opérations de notre intelligence, on en acquiert bientôt la conviction.

Le premier consiste en ce que, souvent, on saisira mal le sens d'un article, dont on aurait parfaitement compris la pensée, si l'on avait examiné la place qu'il occupe, l'ordre et la liaison des autres articles au milieu desquels il se trouve, et la suite d'idées par laquelle le rédacteur est arrivé à lui.

Le second, c'est qu'après de longues études, et quand on sera arrivé à connaître très-bien, je le suppose, les résultats divers de tous les articles du Code, on n'aura pas fait connaissance avec ces articles eux-mêmes. On saura que telle chose est ordonnée et que telle chose est défendue; mais on ignorera quelle est la place, quel est le numéro de l'article qui ordonne l'une et défend l'autre; quelquefois même on ne saura pas si l'ordre ou la prohibition résultent d'une disposition explicite, écrite tout exprès, ou bien de la combinaison de plusieurs articles épars dans le Code, ou enfin si ce sont seulement des conséquences médiates et éloignées du texte de la loi. On possédera très-

bien, je le suppose, les principes et leurs conséquences, mais on ne saura pas à quelle place ces principes et ces conséquences sont écrits dans les textes, ni même s'ils y sont écrits. C'est-à-dire, en deux mots, qu'on saura tout, et qu'on sera cependant embarrassé pour démontrer quoi que ce soit, même le Code à la main. L'expérience de tous les jours démontre la vérité de ces assertions, que le raisonnement, d'ailleurs, fait suffisamment comprendre *à priori*.

Dans la méthode exégétique, au contraire, on suit le texte pas à pas; on dissèque chacun des articles pour l'expliquer phrase par phrase, mot par mot; on précise, par ce qui précède et par ce qui suit, le sens et la portée de chaque proposition, de chaque terme, et l'on en fait remarquer la justesse ou l'inexactitude, l'utilité ou l'insignifiance; puis, quand on a compris cet article en lui-même, on étudie son harmonie ou sa discordance avec les autres articles qui s'y réfèrent, on en déduit les conséquences, on en signale les lacunes.

Quand on a ainsi marché avec le législateur, qu'on l'a suivi partout pas à pas, lors même qu'il prenait une route mauvaise, c'est alors, mais alors seulement, qu'on peut espérer avoir bien saisi sa pensée; puis, de cette manière, ce n'est plus seulement le résultat du Code, c'est le Code lui-même qu'on étudie et qu'on se rend familier.

Toutefois, et si certaine que me paraisse l'excellence de la méthode exégétique, je ne crois pas qu'elle suffise seule pour conduire à bien savoir. Chacune des deux méthodes a, comme toute chose humaine, son bon et son mauvais côté... Dans l'étude du droit, comme dans celle des autres branches de nos connaissances, l'homme, alors même qu'il ne s'en aperçoit pas, n'arrive à une compréhension complète que par la double opération de l'*analyse,* qui divise l'objet pour l'examiner séparément dans chacune de ses parties, et de la *synthèse,* qui réunit ces parties divisées pour en faire un tout logiquement coordonné et ramené à un cadre étroit que l'esprit puisse facilement embrasser.

C'est pour cela qu'après avoir analysé les diverses dispositions d'un titre par un commentaire (qui est déjà l'application d'un traité préconçu), j'ai cru nécessaire de les synthétiser par la méthode dogmatique dans les résumés dont j'ai parlé plus haut, et dont l'ensemble forme comme un second ouvrage dans le premier.

Les caractères du livre étant ainsi expliqués, je dirai franchement, sur les motifs qui m'ont fait publier ce livre, la vérité entière.

L'état des ouvrages, même le plus en renom, consacrés à l'interprétation du Code civil, m'avait paru peu satisfaisant; j'avais cru y trouver fréquemment et le défaut de méthode, et le défaut même de raisonnement, et toutes les conséquences qu'entraînent après eux ces deux vices capitaux.

Ainsi, et pour ne parler que du défaut de raisonnement (qui suffit,

d'ailleurs, pour faire pressentir le défaut de méthode), on lisait dans tel de nos auteurs, et de ceux, notons-le bien, qu'on appelait les maîtres de la science, que de deux frères jumeaux inégalement forts, morts victimes d'un même événement, sans qu'on sache lequel a survécu à l'autre, les tribunaux, dans tel cas donné, doivent déclarer avoir succombé *le premier* celui qui avait *le plus de force,* précisément *parce qu'il avait plus de force* (voy. notre t. III, art. 722, n° IV, *in fine*); dans tel autre, que l'arrangement adopté par les rédacteurs du Code pour la matière des Obligations, et qui offre certainement le plus étrange pêle-mêle d'idées incohérentes et contradictoires, présente *un ordre parfaitement méthodique et rationnel* (t. IV, Observations préliminaires du tit. III, n° III); dans ceux-ci, qu'un bien existe toujours *en nature* dans un patrimoine, quand il est aliéné et s'y trouve remplacé par de l'argent ou tout autre bien (t. III, art. 747, n^{os} V-XI); dans ceux-là, qu'un acte rigoureusement *nul,* c'est-à-dire légalement inexistant, est la même chose qu'un acte *annulable,* c'est-à-dire entaché d'un vice qui permet de le faire briser (t. I, n°s 617 et 618, 624 et 625) : la plupart enseignaient que si le testament de la personne que vient frapper la mort civile (c'est-à-dire la privation de la jouissance des droits civils) est nul, tandis que celui d'une personne réellement défunte est valable, c'est que l'individu frappé de mort civile *est incapable* (tandis que celui qui n'est plus qu'un cadavre conserve apparemment sa capacité!); on en donnait pour raison, en latin, que *momentum mortis momento vitæ adnumeratur* (t. I, art. 25, n° XI). Ainsi, c'était chose *convenue,* et expliquée très-sérieusement, que *le cadavre qu'on porte au cimetière est encore capable* d'un certain droit dont ne jouissent plus le forçat ou le déporté, *parce que le premier moment de la mort touche au dernier moment de la vie!* C'était, comme on le voit, le médecin de Molière expliquant le mutisme de la jeune fille par la cause *ossabundus nequeis nequer potarinus quipsa milus;* c'était le physicien d'autrefois expliquant que si l'eau monte dans les corps de pompe jusqu'à 32 pieds, c'est *parce que la nature a horreur du vide jusqu'à 32 pieds.* C'était pis encore; car l'*ossabundus nequeis* et la prétendue horreur du vide étaient des non-sens tendant, du moins, à expliquer des choses sensées, tandis que le *momentum mortis* était un non-sens tendant à expliquer un contre-sens.

Certes, quand on voit les commentateurs enseigner que certains condamnés ont *moins de capacité qu'un mort,* quand on voit se reproduire de livre en livre des idées aussi contraires à la raison la plus vulgaire, on comprend de reste à quel point nos interprètes se laissaient guider par l'habitude d'accepter les idées reçues, par l'autorité de la tradition, tranchons le mot, par la routine.

Aussi, et l'on peut le déviner par ce seul exemple, que d'inexactitudes entassées les unes sur les autres; que de dissertations dans lesquelles l'auteur, loin de pouvoir être compris, ne s'était pas toujours entendu lui-même; que de points sur lesquels on croyait avoir tout prouvé quand on avait cité une phrase du Digeste ou du Code Justinien; que de contradictions, même sur les principes fondamentaux, sur les bases premières de la science! Précisons, en citant ici un fait digne de remarque. Chez l'écrivain le plus renommé de tous, Toullier, dans la partie même de son œuvre qui a fait toute sa gloire, les Obligations, le seul chapitre de la Preuve contient tant d'inexactitudes qu'un honorable professeur de Paris, M. Bonnier, ayant dû les relever dans son *Traité des preuves*, a cru nécessaire d'écrire une note (p. 555) tout exprès pour s'excuser de critiquer Toullier si souvent, et pour faire comprendre que ce n'est point par esprit de dénigrement, mais par la nécessité de rétablir les principes, qu'il a été amené à le faire.

Qu'on n'aille pas croire, au surplus, que l'accusation que je dirige ici, preuves en main, d'ailleurs, contre des hommes justement célèbres, soit, dans ma pensée, l'équivalent d'une déclaration d'incapacité. Loin de là, je sais que la plupart de ces hommes furent des jurisconsultes d'un haut mérite, ne fût-ce que par leur science. Mais chaque chose humaine a son côté faible; toute médaille a son revers : plus l'homme enrichit sa mémoire, plus il court risque de voir diminuer les forces de son jugement, et trop de science *abêtit* parfois, selon la rude expression de Pascal... Ils étaient savants, eux aussi, ils étaient hommes de mérite assurément, ces Portalis, ces Maleville, ces Tronchet, ces Berlier, ces jurisconsultes consommés qui discutaient notre Code civil au sein du Conseil d'Etat; et pourtant, on voyait là un jeune homme de trente ans leur reprocher de manquer parfois des idées les plus simples et se donner beaucoup de mal pour leur faire comprendre, par exemple, qu'il ne peut pas être légalement question de casser un mariage qui légalement n'existe pas. Ces hommes vraiment supérieurs en étaient pourtant venus, malgré tout leur mérite, à ne pas comprendre qu'on ne peut point anéantir le néant, détruire ce qui n'est pas, démolir l'édifice qui n'est pas encore construit! Tant est grande l'influence des idées reçues, des préjugés de tout genre, de ces principes de pure convention auxquels l'esprit semble tenir d'autant plus qu'il a eu plus de peine à se les approprier; tant est funeste le respect exagéré de l'autorité; tant il est vrai que la science peut abêtir... Peut-être, pour avoir été moins savant que mes devanciers, aurai-je plus facilement évité l'écueil.

Quoi qu'il en soit, c'est précisément pour substituer le raisonnement à l'autorité des traditions, que j'ai entrepris mon travail; c'est

pour remplacer les idées de convention par des idées logiquement appréciées; c'est pour revendiquer dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du droit de libre examen et de franche discussion. Je disais, dès lors, tout bas ce que j'ai dit depuis tout haut : « Cessons de croire plus que suffisants et presque parfaits, des ouvrages que souvent la nature même des choses a empêchés d'être exacts; cessons de confondre le mérite des auteurs (qui ne doit s'apprécier que *relativement* aux circonstances dans lesquelles ils ont écrit) avec le mérite intrinsèque de leurs œuvres (qui doit s'apprécier absolument), tout en conservant religieusement aux personnes la réputation, la gloire qu'elles ont justement acquise, ne donnons pas aux doctrines une valeur qu'elles n'ont pas et ne peuvent pas avoir; montrons-nous assez forts, assez hommes pour faire et subir tour à tour une critique sérieuse et indépendante. (*Rev. de Législat.*, t. I de 1846, p. 302.)

Ce droit d'examen et de discussion, par la privation duquel l'intelligence humaine tomberait au rang des machines à production, était, il faut bien le dire, étrangement compris et pratiqué. Oubliant que la vérité est une et absolue, que l'erreur, dès lors, doit être combattue sans acception des personnes, sans préoccupation des titres et qualités de celui qui l'a émise, et que si, en tout cas, on peut faire quelque différence, la réfutation la plus énergique devra s'adresser précisément à la position la plus élevée, puisque l'erreur y est plus puissante et plus contagieuse qu'ailleurs, on en était généralement à ce point que, loin de sacrifier les noms propres à l'intérêt de la vérité, on sacrifiait volontiers la vérité à l'intérêt des noms propres; et telle proposition, qu'on eût franchement déclarée absurde, si elle était venue d'un homme obscur, passait respectée et presque triomphante à l'abri d'une grande réputation. Aussi, plus d'un s'est-il scandalisé quand on m'a vu diriger ma critique contre l'ouvrage de Toullier aussi hardiment que contre les autres. (Voir *les observations qui suivent immédiatement cette préface*).

Du reste, le contraste entre le système que j'ai voulu renverser et celui que je me suis efforcé de suivre, a vivement frappé les esprits, soit au Palais, soit à l'Ecole, comme on peut le voir dans les comptes rendus qui précèdent cette préface.

On ne saurait donc révoquer en doute la réalité de cette routine à laquelle j'ai essayé de substituer une étude, raisonnée et sentie, des convictions obtenues par la recherche attentionnée de la volonté législative.

Cette routine, au surplus, je ne l'ai signalée que dans la doctrine écrite, dans les ouvrages publiés sur le Code. Quant à l'enseignement oral des Facultés, je n'avais pas d'abord à m'en occuper, et il était loin, d'ailleurs, de mériter le même reproche. Si beaucoup de profes-

seurs, même des plus consciencieux, des plus justement honorés, n'ont pas su s'affranchir de cette soumission exagérée à la tradition, de ce respect pour l'autorité poussé jusqu'au fétichisme, il en est heureusement d'autres qui marchent depuis longtemps dans la voie contraire; et, pour ne parler que de l'Ecole de Paris, on sait ce que l'étude du Code civil présente de franche discussion, d'examen indépendant et de vivifiante critique, dans les cours de MM. Bugnet, Oudot et Valette.

On connaît maintenant toute ma pensée; on sait en quoi je crois avoir fait un livre vraiment utile.

Sans doute, je n'ai pas songé à remplacer par ma publication les savants ouvrages des Merlin, des Toullier, des Proudhon, des Duranton; car un livre ne peut pas être une bibliothèque. Mais j'ai pensé que ce livre, suffisant par lui seul dans bien des cas, aurait, d'ailleurs, l'avantage de diriger dans l'étude des autres, étude plus difficile et surtout plus dangereuse qu'on ne le croit communément.

Sans doute, je ne me suis pas imaginé, et bien moins encore, que ce livre rendrait inutile pour les jeunes gens l'assiduité aux cours des Facultés; car la parole parlée offre, pour faire comprendre, pour frapper l'esprit et faciliter l'intelligence des choses, des moyens dont ne dispose pas la parole écrite. Quel livre, si scrupuleusement attentionnée qu'en puisse être la composition, si parfait même qu'on pût l'imaginer, serait jamais, comme moyen d'apprendre, l'équivalent d'un cours aussi beau de méthode et de clarté, aussi admirablement intelligible, même sur les points les plus ardus, que celui de M. Bugnet? Mais chaque chose a son utilité propre; à côté de la parole parlée, il faut aussi la parole écrite; et à ceux-là mêmes qui ont de bons cours, il faut encore de bons livres. Or, j'ai cru que le mien ne serait pas indigne de cette qualification; et j'ai été heureux le jour où j'ai lu, dans une critique quelque peu sévère d'ailleurs (celle de M. Dalloz), que cet ouvrage serait fort utile pour l'enseignement.

Sans doute, enfin, je n'ai pas pensé, quoiqu'un autre critique (M. Duvergier) m'ait *reproché* d'avoir atteint ce but (ce qui serait pourtant, à mes yeux, un bien grand mérite), à présenter sur chaque espèce, de bons modèles *de plaidoyers tout faits et de jugements tout rédigés;* car, à part même toute autre considération, l'étendue d'un livre de sept ou huit volumes n'y aurait pas suffi, d'autant moins que, de l'aveu du même critique, l'ouvrage a su conserver leur place aux idées abstraites, aux principes généraux. Mais, après m'être efforcé de donner à ces idées abstraites, à la théorie, plus d'exactitude, de précision et de relief qu'on ne l'avait fait jusque-là, j'ai cru qu'il fallait aller plus loin encore, c'est-à-dire préparer et faciliter l'application même de ces idées, en se préoccupant aussi plus qu'on ne l'avait fait jusque-là des besoins de la pratique.

Certes, si les deux honorables critiques ne se trompent pas; s'il est vrai, d'un côté, que le livre satisfasse largement aux besoins de la pratique, quoique d'un autre côté ses théories soient de nature à le rendre fort utile dans l'enseignement, son but serait bien heureusement atteint, et son succès facile à expliquer.

Quoi qu'il en soit, je dois exprimer ici ma vive reconnaissance pour les témoignages de sympathie qui me viennent de toutes parts. J'ai la conscience d'en avoir été digne; car on eût bien pu trouver chez d'autres plus de science et de talent, mais plus d'ardeur à être utile, plus de zèle à faciliter l'étude, plus de dévouement à la propagation de la vérité, jamais.

« Nous plaçons ici, comme suite naturelle de notre préface, les observations que nos premières éditions présentaient dans le corps du livre sur l'œuvre de Toullier.

« L'ouvrage de Toullier est excellent, avions-nous dit, il est au-dessus de nos éloges; mais il ne faut jamais, c'est lui-même qui nous le dit, jurer sur la parole du maître, quel que soit le maître. *Errare humanum est;* et Toullier, d'ailleurs, se trouvait dans des circonstances particulières, qui devaient être pour lui des causes inévitables d'erreurs.

» Docteur de l'ancienne école; professeur distingué à la Faculté de Rennes, dès avant la révolution de 1789; nourri surtout du droit romain, objet de sa prédilection, et dont il désirait vivement la chaire, quand, à la réouverture des Facultés, il obtint celle du Code civil; âgé de près de soixante ans déjà, quand ce Code vint régir la France, c'était pour lui chose impossible, surhumaine, de se familiariser tout à coup avec les idées nouvelles que ce Code consacrait : fortement imbu des anciens principes, à la méditation desquels il avait passé sa vie, il n'a pas su, et il ne pouvait pas, en vérité, rompre avec eux, pour se plier tout d'un coup à l'esprit de la loi nouvelle. La preuve s'en trouve, bien frappante et bien saisissable, dans la comparaison des différentes parties de son ouvrage.

» Dans les deux premiers volumes, il traite des Personnes; là, nos législateurs ont souvent rompu avec le passé: aussi, Toullier est loin d'être ce qu'il sera plus tard. Il en est loin, surtout dans la matière de la Mort civile et dans le titre de l'Absence. Là, les rédacteurs ont moins vécu d'emprunts et ont dû créer plus souvent; aussi, Toullier est vraiment faible et très-incomplet; c'est seulement dans le troisième volume, où il traite des Choses, qu'il commence à mériter réellement sa célébrité. Dans le tome quatrième, au titre des Successions, l'ancienne jurisprudence est abandonnée; aussi, Toullier, réalisant le vœu de Chabot, qui craignait la concurrence pour son commentaire, retombe un peu, pour ne se relever dignement qu'au sixième volume, au traité des Obligations. Là, nos rédacteurs n'avaient guère fait que numéroter en articles les alinéas de Pothier, et, là aussi, Toullier devient admirable; il fait un chef-d'œuvre. Voyez comme il est à l'aise. *Six volumes* ne lui sont pas trop *pour moins de* 300 *articles;* tandis qu'au livre des Personnes, *deux volumes* lui ont suffi *pour plus de* 500 ! Cette circonstance toute matérielle est, à elle seule, fort significative. »

Cette note, que nous avions regardé comme un devoir de conscience de placer en tête de notre livre, a scandalisé plus d'une personne. Combattre à chaque pas M. Duranton, soit; mais porter ainsi la main jusque sur l'œuvre de Toullier, du prince de la science, c'était à leurs yeux presque une impiété.

A ces hommes qui ne comprennent pas que l'impiété consiste, au contraire, à mettre le respect des noms propres au-dessus du respect de la vérité; qui ne sentent pas que ce serait insulter l'illustre professeur de Rennes, que de le mettre en dehors de la critique; que plus un auteur est haut placé dans l'opinion, plus il importe de combattre ses erreurs; et que, si Toullier était encore là, avec sa nature si loyale et si amie du vrai, il serait certainement le premier à réfuter toutes les doctrines fausses qui lui seraient signalées; à ces hommes-là, nous n'avons pas à répondre.

Mais, à côté, ou plutôt au-dessus de ces hommes, il s'en est trouvé un, qui, défenseur naturel de Toullier et presque son représentant, a dû se prononcer sur notre critique. Or, celui-là, tout en comprenant le droit, ou plutôt le devoir de l'appréciation à laquelle nous nous étions livré, a cru qu'elle était quelque peu injuste. Nous devons une réponse à cet honorable jurisconsulte, autant par respect pour lui-même que par intérêt pour la vérité.

Chargé par Toullier lui-même de continuer son œuvre, M. Duvergier a dû s'émouvoir plus que tout autre de la note ci-dessus, à laquelle il était aussi plus que tout autre en mesure de répondre. En effet, dans un compte rendu que le savant continuateur a donné de notre livre (compte rendu trop indulgent, sans doute, puisque, en distinguant trois classes d'écrivains, il nous place dans la première, parmi ceux qui ont force et talent, qui présentent une véritable importance scientifique, et dont le nom *fait autorité*), on lit le paragraphe suivant :

« M. Marcadé se met assez volontiers en opposition avec M. Toullier; et, à » à mon avis, il ne lui rend pas complétement justice. Il prétend que, s'il est » admirable dans son traité des Obligations, il est vraiment faible et incom- » plet dans ce qu'il a écrit sur les Personnes. Je ne comprends pas que celui » qui l'a lu s'exprime ainsi : ne fût-ce que par le style, qui rappelle si bien » celui de nos grands maîtres, l'ouvrage entier mérite l'épithète qui n'est » donnée qu'à une partie. » (*Gazette des Tribunaux*, 19 oct. 1844).

A notre tour, nous ne comprenons pas, nous devons le dire, une pareille réponse; et nous voyons là bien moins une défense qu'un aveu indirect de l'exactitude du jugement que nous avions cru devoir porter. Car ce n'est pas le style, c'est l'ensemble des pensées qui fait la force ou la faiblesse, la richesse ou la pauvreté d'un traité de droit; ce n'est pas par le style, c'est par la pensée que les grands maîtres sont grands maîtres; et en supposant que le contraire pût avoir lieu dans la littérature (ce que nous ne croyons certes pas; car, là encore, c'est la puissance et la justesse de la pensée qui amènent après elles la grandeur et la beauté de l'expression), ce serait, en tout cas, bien impossible dans les sciences.... Et n'est-ce pas parce que M. Duvergier a senti, comme nous, l'insuffisance des premiers volumes de son illustre devancier, qu'il a trouvé nécessaire d'en donner, en 1847, une édition nouvelle, qui est, d'après son titre même, continuée et *complétée* par lui, au moyen des notes qui doivent en redresser les erreurs et en combler les lacunes?... Le public jugera si ce but a été atteint. Mais, quoi qu'il en soit à cet égard, on ne viendra sans doute pas nous reprocher d'avoir profané l'arche sainte, maintenant que l'honorable mandataire de Toullier a lui-même cru devoir porter la main sur l'œuvre à laquelle il paraissait défendu de toucher.

Malheureusement ce n'est pas là tout ce que nous avions à dire, et il nous reste à consigner ici un aveu qui nous coûte peu à faire aujourd'hui, puisque nous l'avons déjà publié ailleurs. (*Revue de législation*, t. I, de 1846, p. 285).

Cet aveu nous répugnait d'abord; mais nous nous sommes dit que le premier devoir de l'écrivain est de faire connaître à tous la vérité qu'il croit avoir trouvée, et que l'homme consciencieux doit toujours suivre la belle et vieille maxime : *Fais ce que dois, advienne que pourra*. Nous avons donc osé dire, et nous répétons ici, que, même dans son Traité des Obligations, si vanté, si célébré, Toullier est loin d'être aussi admirable qu'on semble le croire généralement, et que nous l'avions cru nous-même, tant que nous avions seulement *lu*, au lieu de la méditer, cette partie de son travail. Depuis, et à mesure que

nous avons dû l'étudier davantage pour la confection de notre commentaire, nous avons été surpris et effrayé d'y rencontrer tant de si profondes inexactitudes.

Sans doute, on trouve, dans ce traité des Obligations, beaucoup de science, de hautes conceptions, de larges vues, et nous sommes heureux de pouvoir dire que Toullier ne fut pas seulement un savant et un homme de talent, mais même un *homme de génie*. Mais, pour ce qui est de la méthode, de la rectitude du jugement, de l'exactitude des principes, elles y manquent tout autant que chez M. Duranton. C'est ainsi qu'ayant à choisir entre le plan incroyablement vicieux des rédacteurs du Code et le plan parfaitement logique de Pothier, Toullier suit aveuglément le premier, sans faire aucune observation qui tende à relever quelqu'une des cent idées fausses que présente le texte (Voy. *nos observations prélimin. sur le tit. des Donations*, t. IV.) C'est ainsi encore que, n'ayant pas compris la distinction si capitale des obligations proprement nulles c'est-à-dire inexistantes, et des obligations simplement annulables, il présente successivement sur ce point, dans son tome VI, trois doctrines contradictoires entre elles, et dont pas une n'est exacte. (Voy. *les observat. qui précèdent notre art. 1304; puis*, t. VI, art. 1600, n° 11.)

Pour faire comprendre à quel point ces inexactitudes sont multipliées, il suffirait de rappeler ce fait, que M. Bonnier, ayant dû relever, dans son *Traité des preuves*, les erreurs de principes commises par Toullier au seul chapitre de la preuve des Obligations, en a signalé un si grand nombre, qu'il a cru nécessaire d'écrire une note (p. 555) pour s'excuser de le réfuter si souvent et protester contre tout esprit de dénigrement!... Ce n'est certes pas non plus par esprit de dénigrement que nous disons aux jeunes adeptes de la science de n'ouvrir le livre de Toullier qu'avec beaucoup de précaution, et que ceux-là seuls peuvent le lire sans danger qui sont assez forts pour distinguer du vrai le faux, qui s'y trouve fréquemment mêlé.

INTRODUCTION

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

SUR LE DROIT ET LES LOIS EN GÉNÉRAL, ET SUR LE DROIT FRANÇAIS EN PARTICULIER.

CHAPITRE PREMIER

DU DROIT ET DES LOIS EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

I. Définition du droit : — C'est un art et non une science.
II. Deux sens du mot *Droit*.
III. Division du droit, d'après son origine, en naturel et positif. — Le droit naturel est divin, le droit positif est divin ou humain. — C'est à une partie du droit naturel qu'on donne le nom de droit des gens. — Distinction de la Morale et du Droit proprement dit. — Théorie inexacte de Justinien.
IV. Subdivision du Droit proprement dit en droit écrit et droit non écrit. — Erreur de Justinien. — Jurisprudence.
V. Division du Droit, d'après son objet, en international, public et privé.
VI. Les lois sont impératives, prohibitives ou facultatives. — Cette division embrasse les lois pénales.

I. — 1. Qu'est-ce que le *Droit?* C'est l'ensemble, ou plutôt le résultat général des dispositions des lois auxquelles l'homme se trouve soumis avec la faculté pour lui de les suivre ou de les violer.

Et d'abord, il ne s'agit que des lois susceptibles d'être violées par l'homme et non pas de toutes les lois auxquelles l'homme est soumis, comme le disent certains auteurs ; car l'idée de *Droit* présente à l'esprit l'objet d'une étude où l'on examine si et comment telles ou telles règles devront s'appliquer; or, un tel examen ne serait pas possible pour les lois dont l'accomplissement est fatal et indépendant de la volonté humaine. D'un autre côté, le Droit étant compris par l'esprit comme quelque chose d'unique et d'indivisible, il est moins l'*ensemble* des lois dont nous parlons que le *résultat général* de ces mêmes lois. Il nous paraît donc exact de dire que le Droit est le résultat général des dispositions de toutes les lois susceptibles de violation par l'homme.

Or, ces lois sont des règles de conduite posées par une autorité

compétente : en sorte que tout ce qui est conforme à la loi est bien, tandis que ce qui s'en écarte est mal. Donc, quand on considère le Droit comme objet d'étude, on doit le définir : *L'art de distinguer le juste de l'injuste, de discerner le bien du mal.*

2. Nous disons que le Droit, considéré comme objet d'étude, est un art et non pas une science.

En effet, on appelle *science* la collection et l'enchaînement des vérités relatives à une même matière. Telles sont la *Théodicée,* qui indique les attributs de Dieu et les rapports de l'homme avec lui; l'*Histoire,* qui, avec ses deux accessoires, la chronologie et la géographie, présente le tableau des événements passés avec leurs circonstances de temps et de lieux; la *Physique* et la *Chimie*, qui font connaître les propriétés que présentent les substances matérielles, en les considérant la première dans leur action externe, la seconde dans leur composition même; la *Géologie*, l'*Anatomie,* la *Psychologie,* etc.

Un *art*, au contraire, est la collection et le système des règles et des préceptes conduisant à un but déterminé. Telles sont la *Logique,* qui donne les règles pour découvrir la vérité par le raisonnement; la *Rhétorique,* qui indique les moyens de convaincre et persuader par la parole; l'*Ecriture,* la *Peinture*, la *Musique,* etc. (1).

Or, le Droit n'a pas pour objet d'enseigner des vérités; son étude ne procure à notre esprit aucune découverte dans quelque partie que ce soit de la nature, soit matérielle, soit spirituelle; ce n'est donc pas une science. Le Droit offre des règles, présente des préceptes devant conduire l'homme à un but, qui est la pratique du bien; par conséquent, c'est un art, et c'est avec raison que la loi romaine (Dig., liv. I, t. I, *pr.*) disait : *Jus est ars boni et æqui* (2).

II. — 3. Quelques-uns ont cru trouver un autre sens du mot Droit dans les expressions *faire droit à une demande, avant faire droit*. C'est une erreur. *Faire droit* n'est qu'un gallicisme, dans lequel le mot *droit* conserve le sens propre que nous venons d'indiquer; *faire droit* est synonyme de *appliquer le droit,* comme à Rome *jus dicere* signifiait indiquer les points de droit, préciser les dispositions de loi qui sont en jeu dans une affaire.

Il est clair encore que le mot *Droit* n'est pas pris dans une ac-

(1) On sent combien il est peu exact de dire comme M. Demante (*Progr.*, t. I, n° 1) : « Le Droit, considéré comme *science*, est l'*art* de connaître et d'appliquer les lois. » Un objet d'étude est un art ou une science, mais il n'est pas l'un et l'autre à la fois. — Du reste, comme les règles qui constituent un art, quand on les considère seulement en tant que possédées par l'esprit, forment aussi un ensemble de *connaissances,* on peut leur donner, sous ce point de vue, le nom de *science*, et on le fait souvent. Mais c'est là une expression peu rigoureuse qu'il faut surtout éviter dans une définition, et ces sciences improprement dites ne sont que des *théories d'art*.

(2) Voir la note précédente.

ception différente de celle ci-dessus, quand, en considérant le Droit non plus dans son ensemble, mais par parties, soit quant à son origine, soit quant à son objet, soit sous tout autre rapport, on parle de *droit naturel,* de *droit romain,* de *droit commercial,* etc. Le *droit* naturel, romain, commercial, est toujours le *résultat des lois,* naturelles, romaines, commerciales, etc. Le mot droit est toujours employé ici avec sa signification propre, et il n'eût pas été utile de s'arrêter à de telles remarques, si des auteurs graves n'avaient écrit le contraire.

Jusqu'ici donc, nous n'avons qu'une seule acception du mot Droit; mais il en est une seconde qui découle de la première par une figure du langage.

4. En appliquant à l'effet le nom de cause, on s'est servi du mot droit pour exprimer un bénéfice, une faculté que procure le Droit. Ainsi, on dit : l'homme a toujours le *droit* de défendre sa vie, personne n'a le *droit* de se tuer; j'ai sur cet immeuble un *droit* d'hypothèque; les Romains reconnaissent au chef de famille le *droit* de vie et de mort sur ses enfants comme sur ses esclaves... *Droit* est mis ici pour indiquer, non pas précisément le résultat général des lois, mais une conséquence particulière et plus éloignée de ce résultat, un effet dont le Droit est la cause. C'est donc vraiment une seconde signification, distincte de la première.

Voyons maintenant comment le Droit se divise, et sous le rapport de son origine, et sous le rapport de son objet.

III. — 5. Sous le rapport de son origine, le Droit se divise d'abord en *droit naturel* et en *droit positif.*

Le Droit naturel est le résultat des lois naturelles, c'est-à-dire de celles que le Créateur a attachées à notre nature et gravées au fond de tous les cœurs. Ces lois venant directement de Dieu, auteur de notre nature, le droit naturel s'appelle *droit divin.*

Le Droit positif résulte des lois non gravées dans notre nature, mais posées en dehors de nous et qui nous viennent par une voie extérieure. Il est ou divin ou humain.

6. Le droit positif divin résulte des lois que Dieu nous a manifestées par la révélation extraordinaire qu'il a donnée aux hommes, il y a dix-huit siècles (1). Le droit positif humain est celui qui résulte des lois créées ou consacrées par l'autorité humaine.

Nous disons créées *ou consacrées;* car, parmi les lois posées par l'homme, il en est qui ne sont que la reproduction et la consécration des lois naturelles préexistantes. Telles sont la plupart des lois qui défendent les différents crimes ou délits; telles sont encore, dans le

(1) Tout ce qui se rattache à cette idée est expliqué et démontré dans nos *Etudes de science religieuse* (5e et 6e Etudes).

Code civil, les dispositions des art. 371, qui proclame le devoir pour l'enfant de respecter, à tout âge, ses père et mère; 203, qui consacre pour les père et mère, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; 212, qui sanctionne l'obligation, pour les époux, de se donner et garder mutuellement fidélité, secours et assistance; et d'une foule d'autres.

Les préceptes qui composent tout le droit divin, c'est-à-dire tant ceux du droit naturel que ceux de la partie du droit positif venant de Dieu par la révélation, forment ce qu'on appelle la *Morale*.

7. Cette double source de la morale nous explique la division qu'on en fait quelquefois en deux parties. La partie découlant des enseignements intérieurs de notre nature se nomme alors la *morale naturelle;* celle résultant de la révélation prend le nom de *morale évangélique*.

La morale embrasse nos devoirs envers Dieu, nos devoirs envers nous-mêmes, et, pour partie seulement, nos devoirs envers nos semblables. Je dis *pour partie,* puisqu'un grand nombre des devoirs de cette dernière classe sont réglés par le droit positif humain.

La partie du droit naturel qui s'occupe de nos devoirs vis-à-vis de nos semblables, a reçu le nom de *droit des gens*. Mais il ne faut pas confondre cette partie du Droit avec le *droit international,* dont nous parlerons plus loin, et qu'on a aussi appelé droit des gens, mais improprement.

8. Il serait aussi très-inexact de donner, comme le fait Justinien dans les Institutes, liv. I, tit. II, le nom de droit naturel aux lois qui sont communes à l'homme et aux autres animaux. L'idée de Droit suppose un ensemble de principes en conformité ou en contrariété desquels un acte peut s'accomplir; on ne peut, comme on l'a déjà dit, faire rentrer sous le nom de Droit que des lois susceptibles de violation comme d'exécution; en sorte que ce mot ne peut comprendre que les lois s'adressant à un être intelligent et libre. Or, cette prérogative précieuse de la liberté, cette faculté magnifique de raisonner ses actes et de les accomplir volontairement, est un privilége exclusif à l'homme. Il n'y a donc de Droit que pour l'homme; le droit naturel est l'ensemble des préceptes que la nature prescrit à l'homme et, dès lors, ce droit comprend le droit des gens, qui n'en saurait être distingué que comme une partie l'est de son tout.

Que si, pour justifier la théorie de Justinien, on prétendait qu'il a voulu présenter la classification absolue de toutes les lois, cette théorie ne serait pas moins vicieuse sous ce second point de vue. En effet, les animaux ne sont pas les seuls êtres soumis à des lois qu'ils suivent aveuglément. C'est aussi d'après les lois posées par la suprême Intelligence, que les arbres, les plantes, tous les végétaux, se déve-

loppent, croissent, se reproduisent et meurent ; que les astres se meuvent dans l'espace ; que le froid, la chaleur, la pluie, les vents, la foudre, présentent ces phénomènes dont la science humaine ne s'explique encore qu'une faible partie. Toute chose créée a ses lois, et non pas seulement dans le monde physique, mais aussi dans le monde moral et immatériel. Sous ce second rapport donc, la théorie de Justinien pécherait par restriction, comme elle pèche par extension sous le premier.

C'est à cette dernière idée qu'il faut s'en tenir. C'est par extension que pèchent ici les Institutes. C'est du Droit que Justinien voulait et devait parler ; or, les lois relatives à l'homme, et susceptibles d'être violées par l'homme, sont les seules qu'il faille comprendre sous ce mot ; on n'y doit point faire rentrer celles dont l'accomplissement est fatal, alors même qu'elles ont l'homme pour sujet, comme sont les lois de la gestation, du développement physique et intellectuel, des maladies, de la mort, etc.

Le droit des gens fait donc partie du droit naturel ; il se confond avec lui, et Justinien lui-même le proclame dans de nombreux passages qui réfutent son idée première. Nous citerons, entre autres, ces mots du liv. II, t. I, 41 : *Recte dicitur* JURE GENTIUM, ID EST JURE NATURALI, *id effici*. On voit ici Justinien enseigner que droit naturel et droit des gens sont synonymes.

9. Ainsi, comme nous le disions en commençant, le Droit, pris dans son sens le plus étendu, est le résultat des dispositions, des préceptes susceptibles d'être violés par l'homme, et il se divise en deux branches : 1° le droit divin, qui s'appelle aussi morale, et qui comprend tout le droit naturel, puis une partie du droit positif ; 2° le droit humain, qui forme la seconde partie du droit positif.

Mais, dans l'usage, le mot Droit, quand il est employé seul, se prend dans un sens plus restreint, et signifie seulement, par opposition à la morale, cette partie du droit que nous venons d'appeler droit positif humain. C'est ce droit positif humain, ou simplement le *Droit*, qui est étudié dans nos écoles ; c'est lui seul qui fait l'objet de ce qu'on appelle un Cours de droit ; c'est lui seul enfin qui est appliqué par les tribunaux : de telle sorte qu'un principe de morale ne peut être la base d'un jugement, qu'autant qu'il est formellement reproduit ou tacitement consacré par le législateur. Voy. ci-dessous, art. 4, nos I et II.)

Le Droit, entendu dans ce sens et ainsi considéré sous le point de vue qui doit seul nous occuper ici, est défini par M. Zachariæ (t. I, p. 1), « l'ensemble des lois à l'observation desquelles il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique. » Cette définition n'est pas exacte. L'obligation de fidélité et d'assis-

tance existant pour l'époux envers son conjoint (art. 212 C. civ.), l'engagement du peintre qui vous a promis de faire votre portrait, et la plupart des obligations qui consistent à faire ou à ne pas faire une chose (art. 1142), ne sont pas de nature à ce qu'on puisse astreindre à leur exécution par une coercition extérieure ou physique ; et elles appartiennent cependant au Droit. La définition la plus simple et la plus vraie consiste donc à dire, comme nous l'avons fait en commençant ce n° III, que le Droit, *proprio sensu*, est le résultat général des lois imposées par l'autorité humaine.

IV. — 10. Le Droit, pris dans le sens restreint que nous venons d'indiquer et en continuant de le considérer sous le rapport de son origine, se subdivise en *droit écrit*, c'est-à-dire, qui a été promulgué, qui a un auteur déterminé, et *droit non écrit* ou *coutumier*, qui s'est établi par l'usage des peuples et le consentement tacite seulement du législateur.

C'est simplement la manière dont le Droit a pris son origine qu'il faut examiner, pour distinguer le droit écrit du droit non écrit, et l'on conçoit que le premier pourrait n'avoir jamais été rédigé, ce qui ne l'empêcherait pas de mériter le nom de *droit écrit;* de même que le second pourrait avoir été l'objet d'une rédaction, ayant pour but de constater, mais qui lui laisserait toujours son caractère de *droit non écrit* ou *coutumier* (1).

En un mot, les expressions droit écrit, droit non écrit, signifient droit promulgué, droit non promulgué.

Justinien, dans ses Institutes, liv. I, t. II, 10, commet donc une grave erreur, quand, après avoir dit que le droit *constat ex scripto aut ex non scripto,* il ajoute que cette division doit son origine aux institutions d'Athènes et de Lacédémone, attendu qu'à Athènes *on confiait les lois à la mémoire,* tandis qu'à Lacédémone on avait soin de *les rédiger par écrit.*

11. Le Droit, pris dans la signification restreinte et toute spéciale que nous lui donnerons toujours maintenant, se confond avec la *jurisprudence*. On dit, pour exprimer une même idée : *étudier le droit, étudier la jurisprudence; ouvrage de droit, ouvrage de jurisprudence.*

Mais *jurisprudence* présente un autre sens, qui est tout différent, et qui donne la signification propre que ce mot a en France. Il signifie *l'habitude prise par les tribunaux d'interpréter et d'appli-*

---

(1) C'est ainsi que la Coutume de Paris fut rédigée pour la première fois en 1510, en vertu de lettres patentes délivrées à Blois par Louis XII, puis réformée en 1580, en vertu de celles données par Henri III.

La première rédaction de la Coutume de Normandie remonte à une époque très-reculée, sur la fixation de laquelle on n'est pas d'accord; la révision et une rédaction nouvelle en eurent lieu, sous Henri III également, en 1583.

quer la loi dans tel ou tel sens plutôt que dans tel autre, ou bien le résultat de cette habitude, c'est-à-dire *l'uniformité de plusieurs décisions successives sur des questions semblables*. C'est ainsi qu'on dirait : « La jurisprudence de la Cour de Rouen est contraire, sur cette question, à celle de la Cour de Bordeaux; la Cour de cassation n'a pas sur ce point de jurisprudence bien arrêtée; pour devenir bon jurisconsulte, il faut joindre à l'étude des textes celle des auteurs et de la jurisprudence. »

On appelle *Recueil de jurisprudence* la collection des divers arrêts et jugements rendus par les cours et tribunaux.

12. A Rome, le mot *jurisprudentia* avait une signification différente des deux sens que *jurisprudence* présente chez nous. Il signifiait, comme sa composition même l'indique (*prudentia juris*), la connaissance acquise du droit, la science des lois.

V. — **13.** Sous le rapport de son objet, le Droit se divise en *international, public* ou *politique*, et *privé.*

Le *droit international* est celui qui fixe et détermine les rapports de nation à nation. Il résulte des traités de paix, d'alliance, de commerce, etc. Nous avons dit qu'on a donné souvent aussi à cette partie du Droit le nom de droit des gens, mais improprement. Le droit des gens est la partie du droit naturel qui fixe nos devoirs vis-à-vis de tous les hommes, à quelque pays qu'ils appartiennent, il est vrai, mais toujours comme hommes privés. Le droit international, au contraire, fixe les rapports des peuples, en tant que corps de nation.

Le *droit public* ou *droit politique* règle les rapports d'un gouvernement avec ses gouvernés; détermine la division des pouvoirs, la forme de l'administration, les moyens d'assurer la police et la sûreté des citoyens.

Enfin, le *droit privé* comprend les lois qui règlent les rapports de particulier à particulier.

VI. — **14.** Les lois, avons-nous dit plus haut, sont des règles de conduite auxquelles on est tenu d'obéir. Mais, pour imposer à l'homme, à un être libre par sa nature, des règles obligatoires, il faut avoir sur lui une autorité qui, en principe, ne peut appartenir qu'à Dieu. Un ordre donné à l'homme, une règle quelconque à lui prescrite ne mérite donc le nom de *loi* qu'autant qu'elle émane soit immédiatement de Dieu, comme celles de la morale, soit d'un pouvoir humain légitimement constitué, parce qu'alors, c'est encore de Dieu qu'elle vient, puisque *non est potestas nisi a Deo* (1).

Dès qu'elles sont dans l'une de ces deux conditions, les lois obligent à faire ce qu'elles *commandent;* ou à s'abstenir de ce qu'elles

---

(1) Voir les 3e et 12e Études de notre *Science religieuse*.

défendent. Quant à ce qu'elles *permettent* seulement, il est clair qu'on peut le faire ou ne le faire pas.

Les lois, en effet, se divisent en : 1° *impératives* ou *préceptives;* 2° *prohibitives* ou *défensives;* 3° *facultatives* ou *permissives.*

15. Quant à la quatrième classe qu'on ajoute ordinairement à ces trois premières, celles des *lois pénales*, elle n'existe pas comme distincte des trois autres.

D'abord, le raisonnement fait comprendre *à priori* qu'après les trois classes indiquées, une quatrième est impossible, puisque, la loi étant une *règle de conduite,* elle ne peut pas avoir d'autre objet que de commander, défendre ou permettre. Punir, de quelque manière et dans quelque circonstance que ce soit, par exemple, ôter la vie à un coupable ou l'emprisonner, frapper d'une amende ou annuler un acte, etc.; punir, c'est accomplir un fait, ce n'est pas tracer une règle de conduite; punir, donc, ne peut pas être l'effet immédiat d'une loi.

Une loi pénale n'est rien autre chose que le commandement qui est enjoint aux fonctionnaires du pouvoir judiciaire de prononcer, et à ceux du pouvoir exécutif d'infliger telle peine, quand telle violation de loi sera légalement constatée; mais si c'est un commandement, c'est donc une loi impérative.

Sans doute, les lois pénales peuvent être distinguées des autres; mais c'est sous un rapport tout autre que celui qui amène la division tripartite qui nous occupe ici. On les distingue alors comme on distingue les lois commerciales, les lois forestières, les lois hypothécaires, etc. La division se fait alors sous le rapport du *but* que la loi se propose d'atteindre, et non plus sous le rapport du *mode* suivant lequel elle procède.

Du reste, les lois pénales ont ceci de particulier, qu'elles sont la sanction des autres lois; mais elles n'en sont pas moins des lois impératives, et, quand on veut les indiquer à part et en former une classe distincte des autres, il ne faut pas le faire après avoir énuméré trois classes, dont la première les comprend nécessairement.

Il y a donc défaut de méthode, d'exactitude, dans ce texte dont Toullier (I, n°s 82 et suiv.) et M. Duranton (I, n°s 32 et 33) ont eu tort de reproduire l'idée : *Legis virtus hæc est : imperare, vetare, permittere,* PUNIRE. *Imperare* embrasse *punire;* car la loi ne punit point, n'inflige point la peine, elle *commande* de l'infliger. Il y a ici une faute de logique du genre de celle que l'on commettrait en disant : Il faut distinguer trois grandes classes d'êtres : 1° les êtres animés; 2° les êtres inanimés; 3° les hommes. Il est clair que les hommes sont compris dans les êtres animés. — M. Demolombe, dans son *Cours de Code civil*, reconnaît la justesse de notre observation, et, tout en expliquant l'idée d'une manière peu satisfaisante, il en-

seigne du moins formellement (t. I, n° 15) que les lois pénales ne sauraient former une quatrième classe de lois.

CHAPITRE II

DU DROIT FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

VII. Droit ancien. — Droit intermédiaire. — Droit nouveau.
VIII. Droit ancien, jusqu'en 1789. — Deux sources de ce droit. — Ni l'un ni l'autre ne pouvaient produire une législation uniforme. — Pays de droit écrit; pays coutumiers.
IX. Droit intermédiaire, de 1789 à 1804. — Mélange temporaire de plusieurs lois nouvelles avec les restes du droit ancien.
X. Droit nouveau, depuis 1804. — Code civil ordonné depuis douze ans par l'Assemblée constituante. — Le travail de sa confection dure un an.
XI. Où se trouvent le droit privé, le droit public et le droit international des Français. — Cet ouvrage n'a pour objet que le droit civil proprement dit.
XII. Observations sur les mots *droit civil*, *code civil*, *lois civiles*. — Diverses éditions du Code.

VII. — 16. Nous distinguons en France le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau.

Le droit ancien comprend les lois qui ont régi notre pays jusqu'à la Déclaration de l'Assemblée constituante du 17 juin 1789.

Les lois qui suivirent cette Déclaration, et qui ont été rendues depuis cette époque de juin 1789, jusqu'à la promulgation du Code civil, ont tellement modifié le droit ancien, sans l'abroger en entier, qu'on les regarde comme formant un droit à part, qu'on appelle droit intermédiaire.

Enfin, ce droit intermédiaire, ainsi que le droit ancien, ont été abrogés, en règle générale du moins, et sauf quelques exceptions, par la loi du 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), époque à laquelle commence le droit actuel.

VIII. — 17. Avant la Révolution qui est venue nous apporter, à la fin du siècle dernier, tant et de si grâves changements, le royaume de France, composé de diverses provinces qui formaient comme autant de nations distinctes, n'offrait pas et ne pouvait pas offrir cette uniformité de législation qu'on y admire aujourd'hui.

On distinguait alors deux sources du droit : l'autorité du prince, et la coutume. Or, ni l'une ni l'autre ne pouvaient produire l'unité de législation.

Les lois promulguées par le Roi, sous le nom d'ordonnances, d'édits, de lettres patentes, étaient bien, en soi, obligatoires pour tout le royaume; mais leur exécution dans le ressort de chaque parlement se trouvant subordonnée à leur enregistrement, et les parlements refusant quelquefois d'enregistrer, il en résultait que plusieurs lois royales, appliquées dans certains pays, ne l'étaient pas dans certains autres,

qui, à leur tour, avaient pu recevoir des lois rejetées par les premiers. Sous ce premier rapport, donc, il n'y avait pas uniformité.

D'un autre côté, c'était dans les coutumes que se trouvait le complément, disons mieux, la principale partie de la législation, dont les lois émanées du prince ne formaient qu'une faible fraction; et là, le défaut d'uniformité se faisait sentir bien davantage encore.

18. On distinguait alors les coutumes *générales* et les coutumes *locales*. Les premières, au nombre d'environ soixante, étaient celles suivies par toute la province ou une portion considérable de province; on appelait locales celles qui ne s'appliquaient que dans une seule localité, une ville, un bourg, quelquefois un seul hameau. Les coutumes locales d'une certaine importance dépassaient le chiffre de trois cents.

Dans certaines provinces, le droit romain tenait lieu de coutume générale; il en était d'autres qui avaient une coutume générale propre, mais dans lesquelles les cas non prévus par cette coutume devaient être décidés d'après le droit romain. On appelait les unes et les autres *pays de droit écrit*.

On appelait *pays coutumiers*, les pays où le droit romain, sans avoir force de loi, était seulement regardé comme raison écrite, ainsi qu'il l'est encore aujourd'hui.

IX. — 19. Il ne fallait rien moins qu'une commotion aussi forte que celle de 1789 pour rendre possible la réforme que demandait notre ancienne législation française. Les changements que subit, à cette époque, l'organisation politique du pays, ayant fait disparaître les obstacles qui s'étaient opposés jusqu'alors à l'uniformité de cette législation, l'Assemblée constituante ordonna qu'il serait fait un corps de lois civiles communes à tout le royaume. (Constitution du 3 septembre 1791, tit. Ier, *in fine*). Mais avant la réalisation de ce projet, il fut rendu, par les diverses assemblées législatives, un grand nombre de lois qui ont apporté de graves dérogations aux lois royales, au droit romain et aux coutumes. Ce sont ces lois qui, avec la partie du droit ancien qu'elles n'avaient point abrogée, forment le *droit intermédiaire*.

X. — 20. Douze années s'étaient écoulées depuis que l'Assemblée constituante avait ordonné la confection d'un corps de lois civiles, lorsque, du 5 mars 1803 au 20 mars 1804 (du 14 ventôse an XI au 29 ventôse an XII), fut enfin décrétée une série de lois dont la réunion, sous le titre de *Code civil des Français*, fut ordonnée par la loi du 21 du même mois de mars 1804 (30 ventôse an XII).

Il n'est pas inutile de savoir par quels travaux on arriva à la rédaction de ces lois.

21. Dès l'année 1800, plusieurs projets de Code civil avaient été publiés. Le 12 août de cette année, un arrêté des Consuls désigna

les citoyens *Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu* et *Maleville*, pour examiner ces projets divers, et de tous en former un seul. Celui qu'ils rédigèrent fut imprimé en janvier 1801 et envoyé au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel (aujourd'hui Cour de cassation et cours d'appel), qui l'examinèrent et y joignirent leurs observations. Sept mois plus tard, au mois de juillet, sa discussion commença au Conseil d'État. Voici par quel mode elle eut lieu :

Chacun des projets de loi dont se composait l'œuvre des quatre jurisconsultes indiqués plus haut, était d'abord examiné par la Section de législation, puis distribué à tous les conseillers, qui le discutaient en assemblée générale. Une fois arrêté, le projet était communiqué officieusement au Tribunat, qui le discutait à son tour et y joignait ses observations. Les modifications qu'appelaient les observations du Tribunat étaient, comme l'avait été le projet lui-même, examinées d'abord par la Section de législation, ensuite par le Conseil d'État tout entier.

22. C'est après ces travaux divers que fut arrêtée définitivement la rédaction de chacun des projets de loi destinés à composer le Code. Tous furent ensuite successivement proposés par le gouvernement, votés par le Tribunat après présentation officielle, puis décrétés par le Corps législatif, comme le voulait la Constitution du 13 décembre 1799 (23 frimaire an VIII). Le projet décrété le dernier, celui sur *les Transactions,* le fut le 20 mars 1804, puis, dès le lendemain 21, vint la loi dont nous avons parlé plus haut, qui ordonna :

1° La réunion de toutes les lois décrétées, en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français,* dans l'ordre où elles se trouvent au Code, lequel est un peu différent de celui dans lequel elles avaient été décrétées;

2° La division de ce Code en un *titre préliminaire* et en trois *livres,* dont chacun serait partagé en autant de *titres* qu'il comprendrait de lois;

3° Enfin, une série unique de numéros pour tous les articles du Code.

Du reste, la même loi déclare que cette opération nouvelle n'empêche pas chacune des lois réunies pour former le Code, de rester exécutoire à partir de sa promulgation particulière. Enfin, elle prononce l'abrogation des lois romaines, des ordonnances et des coutumes.

Ainsi donc, à partir du 21 mars 1804, la France eut enfin un corps de lois uniformes, vraiment national, lequel, malgré les obscurités, les lacunes, les vices de rédaction, et quelquefois les vices de fond qu'on y trouve, sera toujours regardé, et avec raison, comme un des plus beaux ouvrages sortis de la main des hommes.

XI. — 23. Au surplus, ce n'est pas dans notre Code civil seul que se trouve tout notre droit privé actuel. Il est écrit : 1° dans le *Code civil* et dans plusieurs lois postérieures, qui ont complété ou modifié quelques-unes de ses dispositions; 2° dans le *Code de commerce,* qui règle les rapports des commerçants, en tant que commerçants, soit entre eux, soit à l'égard des non-commerçants; 3° enfin dans le *Code de procédure civile,* qui règle le mode d'exercice des facultés que le droit privé nous confère.

Quant à notre droit public, il est écrit dans la Constitution, dans les lois administratives dont la collection se nomme *droit administratif,* et enfin, pour le droit criminel, qui est également une partie du droit public, dans le *Code d'instruction criminelle* et le *Code pénal.*

Il est inutile de dire que notre droit international se trouve dans les traités passés entre la France et les puissances étrangères.

Le titre de notre ouvrage indique assez que nous ne nous proposons d'y étudier que le droit civil proprement dit et distinct, dès lors, du droit commercial et de la procédure, c'est-à-dire celui qui résulte du Code civil et des lois postérieures relatives aux matières dont ce Code s'occupe.

XII. — 24. Terminons cette introduction par une remarque qui n'est pas sans importance : c'est que les mots : *Code civil, Droit civil, Lois civiles,* dans l'acception que l'usage leur a donnée chez nous et qu'il faut bien leur laisser maintenant, sont singulièrement détournés de leur sens logique et présentent une appellation doublement vicieuse.

DROIT CIVIL, *jus civile,* devrait signifier le droit DES CITOYENS, *jus civium.* Or, ce ne sont pas seulement les citoyens qui jouissent chez nous de ce que nous appelons le droit civil : les femmes aussi bien que les hommes, les mineurs aussi bien que les majeurs, usent du droit civil, quoique les femmes et les mineurs ne soient pas citoyens. A Rome, où *citoyen* signifiait toute personne appartenant à la cité romaine, tout individu faisant partie du peuple romain, le droit civil était justement nommé ainsi : c'était le droit des Romains. Mais du moment qu'on cessait de prendre le mot *citoyen, civis,* dans cette acception large qui embrasse toute la nation, on devait cesser d'appeler *jus civile* le droit qui appartient à toute la nation. Ici comme partout, on s'est laissé conduire par la routine, et l'on a conservé les mots après le changement des choses.

Mais, quand même tous les Français seraient citoyens, comme l'étaient tous les Romains; quand même ce mot de *citoyen* conviendrait à tous les membres de la nation, mâles ou non, majeurs ou non, l'expression de *Code civil,* ou *droit civil,* ou *loi civile,* n'en serait

pas moins très-impropre encore pour une autre cause. En effet, elle signifierait alors le Code *des Français*, la loi *des Français;* or, le Code pénal, le Code de commerce et les autres, nos lois administratives, etc., sont des Codes des Français, des lois des Français, de la même manière et au même degré que le Code auquel on a réservé le nom de *civil*... Ce serait donc l'ensemble de toutes nos lois qu'il faudrait appeler *droit civil*, comme à Rome *jus civile* signifiait tout le droit des Romains.

En définitive, *Code civil* se trouve signifier chez nous : *Code de la théorie du droit privé général*. — Code *de la théorie*, par opposition au Code de procédure, qui organise la pratique de ce même droit privé; — *du droit privé*, par opposition aux lois constitutionnelles, administratives, criminelles et autres, qui constituent notre droit public; — du droit privé *général, ordinaire*, par opposition au Code de commerce, qui contient le droit privé spécial aux commerçants.

25. Publié en 1804 sous le titre de CODE CIVIL DES FRANÇAIS, ce Code reçut trois ans plus tard, après l'avénement du Premier Consul à l'Empire, et en vertu d'une loi du 3 septembre 1807, le nom de CODE NAPOLÉON, et une nouvelle rédaction ayant pour but principal de mettre son texte d'accord avec le nouvel état politique des choses. Il ne faudrait pas croire, au surplus, que ce nouveau titre fût uniquement dû à un vil sentiment d'adulation, et n'eût aucun motif raisonable. Il est incontestable que le Premier Consul prit une part fort active à la confection du Code, que l'influence de son génie s'y fait sentir en plus d'un point, et que, s'il offre encore bien des vices, il en eût offert beaucoup plus sans la présence de Napoléon aux discussions du Conseil d'État. (Voir notamment notre commentaire de l'art. 180, n° IV.)

A la chute de l'Empire, la force des choses produisit un changement nouveau. L'art. 68 de la Charte de 1814 (devenu l'art. 59 de celle de 1830) rendit au Code le nom pur et simple de CODE CIVIL; et une ordonnance du 30 août 1816, rendue en exécution de celle du 17 juillet précédent, publia une troisième édition mise en harmonie avec le gouvernement de la royauté (1).

Malgré la révolution de février 1848, et depuis si longtemps déjà que la République existe, il n'a point encore été fait d'édition nouvelle; et comme la rédaction même de 1804 ne se trouverait pas exacte (puisque, par exemple, les membres du ministère public, au lieu de reprendre l'ancienne dénomination de *commissaires du Gou-*

(1) Aux termes d'un décret du 27 mars 1852, le *Code civil* avait repris la dénomination de CODE NAPOLÉON. A la chute du second Empire, son titre primitif de CODE CIVIL lui a été rendu.

vernement, se nomment aujourd'hui *procureurs de la République*), c'est le texte de l'édition royale que nous avons dû suivre, en le modifiant, bien entendu, quand les circonstances l'exigeaient.

On voit, au surplus, combien il serait important de s'arrêter à des dénominations indépendantes de la forme gouvernementale. Ainsi, nos tribunaux supérieurs devraient toujours et auraient toujours dû s'appeler tribunaux ou Cours D'APPEL, jamais Cours *royales* ou Cours *impériales*. Est-ce que ces tribunaux ont quelque chose de plus royal ou de plus impérial, selon les cas, que les justices de paix, que les tribunaux de première instance, que la Cour même de cassation!... De même, les membres des parquets devraient toujours se dire commissaires ou procureurs *du Gouvernement*, que ce gouvernement soit d'ailleurs royal, impérial ou républicain.

EXPLICATION
DU CODE CIVIL

TITRE PRÉLIMINAIRE [1]

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

(Décrété le 5 avril 1803. — Promulgué le 15.)

26. Ce titre ne se compose que de six articles; mais presque tous demanderont de longs développements.

L'art. 1er s'occupe de la *publication* des lois;

Les art. 2 et 3 parlent de leurs *effets;*

Les art. 4, 5 et 6 parlent de leur *application*.

La plupart des règles que le législateur pose dans ce titre sont des principes généraux, applicables aussi bien aux autres lois qu'aux lois civiles. S'il les a placées en tête du Code civil, c'est parce que ce Code a été la première de ses œuvres, et qu'il est d'ailleurs la partie la plus importante de notre droit français.

Art. 1. — Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République.

Elles seront exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue.

La promulgation faite par le Président de la République sera réputée connue, dans le département de la résidence du gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ 20 lieues) entre

(1) Lorsque Marcadé a écrit le Commentaire qu'on va lire sous les art. 1er et suivants du *Code civil*, la République existait en France; aussi a-t-il dû se référer aux dispositions de la *Constitution* du mois de novembre 1848.

Quant à nous, résolus à ne rien enlever de ce qui a été l'œuvre personnelle de l'éminent commentateur, nous avons maintenu le texte tel qu'il est sorti de sa plume en nous bornant, pour l'édification du lecteur, à insérer en lettres *italiques guillemetées* les parties qui aujourd'hui demeurent sans application, et en complétant par des notes et renvois, les lacunes que l'auteur eût été le premier à combler s'il eût vécu.

la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département.

SOMMAIRE.

I. Confection de la loi. — Pouvoirs législatif et exécutif.
II. Promulgation. — Son effet. — Comment elle s'accomplit.
III. Publication. — Son effet. — Comment elle s'accomplit. — *Quid* des unités de myriamètres dans le calcul des distances? — Quand la publication est retardée.
IV. Actes qui, sans être des lois, sont obligatoires comme la loi même, mais sous deux conditions.
V. Abrogation des lois. L'usage ne saurait aujourd'hui abroger la loi : erreur de Toullier et de M. Duranton.

I. — 27. Nous avons dit que c'est cet art. 1er qui s'occupe, et s'occupe seul, de la *publication* des lois ; or, il n'en prononce pas même le nom et semble ne s'occuper que de la *promulgation*. Il parle aussi cependant de la publication, par périphrase, comme nous le verrons. Mais avant d'arriver à l'explication de l'article, nous devons dire un mot de la confection des lois, laquelle appartient au pouvoir législatif : tandis que la promulgation et la publication sont confiées, du moins en principe, au pouvoir exécutif.

Le pouvoir législatif appartient à l'Assemblée des représentants du peuple (Constit. de 1848, art. 20 et suiv.). Le pouvoir exécutif est délégué au Président de la République (art. 43).

Une fois décrétée par l'Assemblée nationale, la loi, quoique parfaite, est encore sans force : il faut qu'avant d'être mise à exécution elle soit promulguée et publiée. Or, comme du moment de sa perfection, elle sort du domaine du pouvoir législatif, c'est au pouvoir exécutif à la promulguer et à la publier (*ibid.*, art. 56) (1).

II. — 28. La *promulgation* est l'attestation donnée par le chef de l'État, au corps social, de l'existence de la loi, et l'ordre intimé par lui aux citoyens et aux diverses autorités de l'observer et la faire observer.

Elle consiste, en réalité, dans l'apposition, faite par le chef de l'État, de la formule qui ordonne l'exécution de la loi. Mais comme cette apposition n'a rien de public, la promulgation, légalement, n'est réputée s'accomplir que par un mode extérieur et plus saisissable, qui a varié selon les époques, et qui se trouve ramené depuis 1816 à un acte matériel qu'il est important de connaître, puisqu'il sert de point de départ au délai par le moyen duquel la loi se trouve publiée.

D'après la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), sous l'empire de laquelle le Code a été fait, la promulgation s'accomplissait, sans aucun acte matériel, par l'échéance du dixième jour après la confection de la loi, c'est-à-dire après qu'elle avait été décrétée par le Corps législatif ; de sorte que la promulgation consistait uniquement

---

(1) Le chef du pouvoir exécutif prendra le titre de *Président de la République française* et continuera d'exercer, sous l'autorité de l'Assemblée nationale, tant qu'elle n'aura pas terminé ses travaux, les fonctions qui lui ont été déléguées par décret du 17 février 1871. — L. 31 août 1871 (art. 1er).

en un délai, comme il en est encore aujourd'hui de la publication. Pendant ces dix jours, la loi pouvait être déférée par le Tribunat au Sénat, pour cause d'inconstitutionnalité.

Ainsi, dès qu'une loi était décrétée, et par cela seul, il était entendu, et tout le monde savait à l'avance, qu'elle se trouverait promulguée dix jours après, si dans ce délai elle n'était pas attaquée comme inconstitutionnelle. On en a un exemple dans les dates placées en tête de chaque titre du Code, qui sont tous effectivement déclarés promulgués dix jours après qu'ils avaient été décrétés.

Mais la Constitution de l'an VIII ayant été abrogée sous ce rapport par la Charte de 1814, on resta sans mode déterminé de promulgation jusqu'au 27 mars 1816. A cette époque, une ordonnance royale décida que la promulgation ne serait réputée accomplie que par la remise à la grande chancellerie (ministère de la Justice) du Bulletin apporté de l'imprimerie nationale.

Par une étrange insouciance de nos législateurs, on était resté, de 1814 à 1848, sans aucune fixation d'un délai dans lequel la promulgation dût être faite. La puissance législative se trouvait ainsi sous la dépendance du pouvoir exécutif, qui pouvait ou ne promulguer une loi qu'après six mois, un an ou plus, ou même ne la promulguer jamais et la rendre ainsi comme non avenue. La Constitution de 1848 remédie à ce grave inconvénient, en enjoignant au Président de promulguer dans les trois jours de leur adoption les lois d'urgence, et les autres dans le mois (art. 57). A défaut de promulgation par lui dans ces délais, cette promulgation serait faite par le président de l'Assemblée nationale (art. 59) (1).

C'est la promulgation, comme le dit l'alinéa 1er de notre article, qui rend la loi exécutoire; mais elle ne la rend pas encore obligatoire. C'est-à-dire que, par l'effet de la promulgation, la loi se trouve avoir *en elle-même* la puissance d'être exécutée, et réunit les conditions *exigées d'elle* pour cet effet; mais il lui manque encore une condition extrinsèque, la publication.

III. — 29. La *publication*, en effet, n'est que le moyen par lequel la loi et sa promulgation sont portées, ou réputées portées, à la connaissance des citoyens. C'est d'elle que parlent nos alinéas 2 et 3.

En effet, l'alinéa 2 nous dit : « Elles (les lois) seront *exécutées* du » moment où la *promulgation* en pourra être *connue* », et le 3e : « *La* » *promulgation* sera *réputée connue* », etc.; or la connaissance donnée ou réputée donnée de la promulgation, c'est précisément la publication. « La promulgation, disait M. Portalis au Conseil d'État, complète » le caractère de la loi; la publication est la conséquence de la pro- » mulgation et a pour objet de faire connaître la loi. » (Fenet, *Travaux préparat. du Code civ.*, t. VI, p. 12.)

D'après le 3e alinéa, la publication s'accomplit : 1° pour le dépar-

(1) Le Président de la République promulgue les lois dès qu'elles lui sont transmises par le président de l'Assemblée nationale. L. 31 août 1871 (art. 2).

tement de la résidence du chef du Gouvernement, par le laps d'un jour depuis la promulgation; et 2° pour chaque département de province, par ce même délai, plus un jour par chaque distance de 10 myriamètres entre le lieu où la promulgation s'est faite et le chef-lieu de ce département (1). Ainsi, la publication, qui a consisté, selon les époques diverses, soit en une lecture de la loi à l'audience des tribunaux, soit en apposition d'affiches, soit en une lecture faite sur la voie publique à son de trompe ou de tambour, etc., consiste tout simplement aujourd'hui en un délai partant de la promulgation; de sorte que ce n'est plus un moyen opérant véritablement la connaissance de la loi, mais seulement un laps de temps après lequel il est probable que cette connaissance existe. Ce n'est point une réalité, mais une simple présomption légale (2).

C'est seulement par sa publication que la loi devient obligatoire et susceptible d'être exécutée, parce qu'en effet on ne peut imposer à une personne l'obligation d'obéir à une loi qu'elle ne connaît pas ou n'est pas légalement réputée connaître.

Comme c'est par la distance entre les différents chefs-lieux de département et la ville où se fait la promulgation, que se mesure le délai produisant la publication légale, et qu'ordinairement c'est à Paris que cette promulgation se fait, la distance de cette ville à chaque chef-lieu a été fixée officiellement par un arrêté du 25 thermidor an XI (13 août 1803).

30. Quand la distance de Paris au chef-lieu d'un département est d'une ou plusieurs fois 10 myriamètres, plus quelques myriamètres passant, que doit-on faire pour ces unités?... Trois opinions partagent ici les jurisconsultes. — Dans l'une, on veut que pour un seul myriamètre passant on ajoute un jour, de sorte que 31 myriamètres donneraient 4 jours comme 40. Cette opinion est adoptée par M. Demolombe (I, 27) et par deux arrêts de la Cour de cassation (Dev. 1831, I, 209 et 214). — Dans la seconde, on décide, par application de la

(1) Aux termes d'un décret du 5 nov. 1870, le mode de publication n'est plus le même aujourd'hui. — Voici le texte de ce décret :

Art. 1er. Dorénavant la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois*. — Le *Bulletin des lois* continuera à être publié et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation.

Art. 2. Les lois et décrets seront obligatoires à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. — Le Gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret.

Art. 3. Les préfets et les sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera.

Art. 4. Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation.

(2) Les lois d'ordre général qui régissent la France sont, de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une promulgation particulière, exécutoires en Algérie, dans la mesure où ces lois peuvent recevoir application sur le sol algérien. Cass., 17 août 1865, 17 nov. 1865, 15 juill. 1868 (Dev., 65, 1, 462; 66, 1, 267; 68, 1, 448).

maxime *major pars trahit ad se minorem,* que, s'il y a moins de 5 myriamètres passant, on doit les négliger; mais que s'il y en a 5 ou davantage, on doit ajouter un jour comme pour 10. — Enfin la troisième veut qu'on fasse toujours abstraction des unités pour ne compter que des dizaines (1).

C'est cette dernière que nous adoptons : 1° parce qu'elle a pour elle le texte de la loi qui accorde *autant de jours* qu'il y a *de fois* 10 *myriamètres :* or dans 19, par exemple, il n'y a qu'une fois 10; — 2° parce qu'elle est appuyée sur l'autorité d'un sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII (6 novembre 1804) et d'une ordonnance royale du 7 juillet 1824. M. Demolombe invoque cette ordonnance comme conforme à son système; mais c'est une erreur. Car cette ordonnance, qui (en rectifiant une erreur commise pour la Corse dans l'arrêté du 25 thermidor an XI) fixe *à* 145 *myriamètres et demi* la distance de Paris à Ajaccio, déclare que, par application de notre art. 1, le délai de la publication sera *de quinze jours.* Or, puisqu'il faut, d'après notre article, compter d'abord un jour pour y ajouter ensuite autant de jours qu'il y a de fois 10 myriamètres, il est clair que l'ordonnance n'accorde que quatorze jours, à raison de la distance, pour les 145 myriamètres et demi. L'ordonnance fait donc abstraction de 5 myriamètres 5 kilomètres, et l'interprétation officielle qu'elle donne de notre article condamne ainsi tout à la fois l'opinion de M. Demolombe et celle qui, négligeant toute fraction inférieure à 5 myriamètres, veut que l'on compte 5 comme 10. L'erreur de M. Demolombe tient à ce qu'il a oublié dans son calcul le délai fixe auquel le délai des distances vient s'ajouter.

31. Du reste, la distance et le délai qu'elle donne ne se calculant que pour le chef-lieu de chaque département, il s'ensuit que le délai sera toujours le même pour toutes les parties d'un département. Ainsi, quoique le Havre soit distant de Paris de 10 myriamètres de plus que Rouen, la première de ces villes faisant partie du département dont la seconde est le chef-lieu, elle aura seulement le même délai que celle-ci.

32. La loi ne serait pas obligatoire, même après un délai beaucoup plus long que celui marqué par notre article, si un empêchement de force majeure, la peste ou une inondation, par exemple, arrêtaient toute communication d'un pays avec Paris. Le législateur, en effet, dispose pour les cas ordinaires, et son intention n'est pas et ne peut pas être que la loi soit réputée connue, alors qu'il est de toute impossibilité qu'elle le soit. Aussi, le deuxième alinéa dit-il que les lois seront exécutées quand la promulgation *en pourra* être connue, et dans la séance du Conseil d'État du 24 brumaire an X, le Premier Consul ayant dit qu'il fallait rédiger un article particulier pour les empêchements de force majeure, le ministre de la justice, M. Tronchet, et M. Berlier lui

(1) Cass., 28 juin 1854 (Dev., 55, 1, 497; *J. Pal.*, 55, 1, 328); Metz, 13 fév. 1855 (Dev., 55, 1, 560); Cass., 9 avr. 1856 (Dev., 56, 1, 808; *J. Pal.*, 57, 315).

firent remarquer que toute exception était inutile et que l'article répondait par son texte même à la difficulté. (Fenet, t. VI, p. 32.)

IV. — 33. Notre article ne parle, et nous n'avons parlé jusqu'ici que des lois; mais les lois proprement dites ne sont pas les seuls actes qui aient force obligatoire pour les citoyens. Le Président de la République, comme chef suprême des pouvoirs exécutif et administratif, puis au-dessous de lui et en son nom, les ministres et d'autres agents, rendent sous le titre d'*ordonnances, décisions, règlements, arrêtés*, etc., des actes qui, comme les lois, commandent obéissance vis-à-vis de tous, pourvu qu'ils soient faits, 1° en conformité de la loi, et 2° dans les limites des attributions des fonctionnaires dont ils émanent.

C'est au Président, d'abord, qu'appartient le pouvoir exécutif. Or, la loi ne fait ordinairement que poser les principes, sans s'occuper de régler les détails. C'est donc au Président, chargé par la Constitution même de l'exécution de la loi (art. 49), de prendre ce soin. Il doit, en outre, prendre toutes les mesures propres à conserver et à faire respecter la loi à lui confiée.

Le Président est aussi, d'après les art. 64 et 68 de la Constitution, le chef de l'Administration; il peut donc, ou plutôt il doit, soit par lui-même, soit par les différents fonctionnaires institués par lui, prendre toutes les mesures que réclame une sage administration (1).

Enfin, les maires des communes peuvent aussi arrêter des mesures obligatoires pour tout ce qui intéresse la sûreté des habitants, la salubrité publique, la libre circulation dans les rues, etc.

Aussi l'art. 471 du Code pénal, par son n° 15, punit toute contravention aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et à ceux publiés par l'autorité municipale dans les limites tracées par la loi.

34. Ces actes divers, émanés, soit du Président, soit des agents de l'autorité administrative ou de l'autorité municipale, tant qu'ils sont dans les deux conditions indiquées ci-dessus, ne sont, on le comprend bien, que le développement, le complément et l'accessoire de la loi; ils se confondent dès lors avec elle et participent à son autorité; ils ont la même force qu'elle.

Que si, au contraire, un des actes se trouvait en opposition de vues avec la loi, ou qu'il émanât d'un agent n'ayant pas qualité pour le rendre, il se trouverait nécessairement sans force obligatoire.

Il suit de là que, quand la violation d'un des actes dont il s'agit est déférée à un tribunal, la première chose que ce tribunal doit faire, c'est d'examiner si cet acte réunit bien les deux conditions voulues pour lier les citoyens, afin d'en refuser l'application, s'il lui apparaît que l'acte ne présente pas ces conditions. C'est ainsi que plusieurs arrêts ont refusé d'appliquer des actes de différents agents administratifs, quelquefois même des ordonnances royales (2).

(1) Le Président assure et surveille l'exécution des lois. — L. 31 août 1871 (art. 2).

(2) Notamment : Paris, 4 déc. 1827; Metz, 25 fév. 1839; Nîmes, 28 janv. 1834; et

V. — 35. Après avoir parlé de la confection, de la promulgation et de la publication des lois, nous devons dire un mot de leur abrogation pour relever une grave erreur de Toullier et de M. Duranton.

Que l'abrogation d'une loi puisse être expresse ou tacite (expresse, quand elle est formellement écrite dans une loi nouvelle; tacite, quand, sans être exprimée, elle résulte nécessairement des dispositions de cette loi nouvelle, incompatibles avec celles de l'ancienne), c'est là un point évident et qu'il suffit d'énoncer pour le faire comprendre; mais on a prétendu qu'il existait deux sortes d'abrogation tacite, et que la désuétude d'une loi lui enlevait toute sa valeur. Toullier (I, 162), et après lui M. Duranton (I, 107 et 108), transportant dans notre droit moderne une règle romaine que notre organisation politique rend évidemment inapplicable, enseignent que l'usage contraire à une loi, ou même le simple non-usage de cette loi, en emporte la suppression légale, conformément à cette ancienne règle : *Leges, tacito consensu omnium, per desuetudinem abrogantur* (L. 32, 1, Dig., *De legibus*).

Il est surprenant qu'une pareille erreur ait subsisté jusqu'à ces derniers temps. Au pouvoir législatif seul, évidemment, il appartient de changer la législation. Donc, tant que l'usage et la coutume purent faire les lois, ils purent aussi les défaire. C'est ce qui avait lieu à Rome et dans notre ancien droit : la maxime « *Leges per* DESUETUDINEM *abrogantur* » était la conséquence de cette autre maxime : « CONSUETUDO *pro lege custoditur, ex non scripto jus venit quod* USUS *comprobavit.* » (Inst. Just., l. I, t. III, 9.) Mais du moment que l'usage ne peut plus faire la loi, il ne peut donc plus la détruire. C'est une vérité évidente, et qui est en effet proclamée par les auteurs récents comme par la Cour suprême (1).

2. — La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.

SOMMAIRE.

I. Évidence et simplicité du principe de la non-rétroactivité des lois. — Difficultés que présente néanmoins son application.

1° *Lois interprétatives. — Observation sur l'interprétation des lois.*

II. Impossibilité d'éviter les interprétations contradictoires. — Le pouvoir législatif peut seul forcer d'accepter une interprétation, et ramener ainsi à l'u-

---

plusieurs arrêts de la Cour suprême, surtout l'arrêt de cassation du 29 juin 1832, déclarant illégale l'ordonnance du 6 du même mois, en ce qu'elle renvoyait devant les conseils de guerre les insurgés non militaires (Dev., 32, 1, 401, et la note).

(1) Lagrange (*Exam. crit.* du cours de M. Duranton, p. 47); Zachariæ (I, p. 50); Blondeau (*Intr. à l'étude du Dr.*); Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*); Demolombe (I, 35); Cass. d'un arrêt d'Angers, janv. 1841 (Dev., 41, 1, 105).

Il est étrange que cet arrêt de 1841, arrêt célèbre, non-seulement parce que la Cour de cassation y est revenue sur son ancienne jurisprudence, mais aussi parce qu'il a mis en émoi tout le notariat et a fini par amener la déplorable loi du 21 juin 1843, dont nous parlerons plus loin (art. 1317, n° III), ne soit pas indiqué par M. Duranton dans son édition de 1844, *augmentée*, dit-il, *de l'analyse de la jurisprudence nouvelle*. Il est étrange que le savant professeur continue de présenter le prétendu principe de l'abrogation par le non-usage comme consacré par la Cour de cassation.

niformité. Il peut le faire par divers moyens. Qu'appelle-t-on *interprétation par voie de doctrine*, *interprétation par voie d'autorité*, *interprétation judiciaire*, *loi interprétative?* Prudence à mettre dans l'emploi de ces termes. Le pouvoir législatif peut seul réaliser une interprétation; mais l'interprétation peut venir de toute autre source. — L'acte appelé loi interprétative n'est rien qu'une interprétation ; il peut et doit rétroagir.

III. Quand la loi obscure, au lieu d'être interprétée, est remplacée par une autre loi, cette loi nouvelle ne rétroagit point.

2° *Lois sur la capacité des personnes.*

IV. Ces lois changent notre capacité au moment de leur publication; mais elles respectent notre capacité antérieure et ses effets. Exemples.

3° *Lois sur la quotité disponible des biens.*

V. Qu'appelle-t-on *Quotité disponible?* — Pour les donations entre-vifs, il faut s'en tenir toujours à la quotité fixée par la loi du jour de la donation.

VI. Pour les testaments, c'est la quotité fixée par la loi du jour du décès.

VII. Pour les *Institutions contractuelles*, on applique la loi du jour du contrat.

4° *Lois pénales.*

VIII. On doit appliquer la plus douce des deux lois. — Erreur de Delvincourt.

5° *Lois sur la forme, l'interprétation, la preuve et le mode d'exécution des actes, lois sur la prescription.*

IX. C'est la loi du jour du contrat qui en règle les formes.

X. C'est aussi d'après elle qu'il faut y suppléer les clauses non exprimées.

XI. C'est elle encore qui règle le genre de preuve à admettre.

XII. C'est, au contraire, la loi du jour de l'exécution qui détermine les formalités de cette exécution.

XIII. La prescription se règle d'après la loi nouvelle. Erreur de M. Bigot-Préameneu et de M. Duranton.

XIV. Exception de fait au principe de la non-rétroactivité.

I. — 36. Une loi étant une règle obligatoire de conduite, il est de son essence de commander, de défendre ou de permettre, et elle ne peut pas avoir d'autre objet. Or, il serait absurde de commander, de défendre ou de permettre ce qui serait fait déjà; une loi ne peut donc pas avoir pour objet des actes antérieurement accomplis, elle ne peut pas agir sur le passé, en d'autres termes, avoir des *effets rétroactifs*.

Comme on le voit, la proposition exprimée par notre art. 2 est impérieusement demandée par la logique, elle est écrite dans la nature même des choses : c'est là une vérité mathématique, laquelle n'est susceptible d'aucune espèce d'exception (en théorie du moins; car nous verrons, au n° XIV et dernier de cet article, qu'il en peut être autrement en fait).

Mais ce principe si clair, si facile à comprendre, présente néanmoins d'assez graves difficultés, alors qu'on veut en bien saisir la portée, en mesurer exactement toutes les conséquences.

Faire produire à la loi qui vient d'être rendue, tel ou tel résultat, en tirer telle ou telle conséquence, serait-ce, ou non, la faire rétroagir? C'est là une question qui se présente souvent et qui peut embarrasser parfois. Il nous faut donc entrer dans quelques explications sur le principe, si simple en lui-même, de la non-rétroactivité.

Pour exposer plus méthodiquement ce que nous avons à dire, nous

examinerons ce principe sous cinq rapports et dans cinq paragraphes différents.

§ 1er. — Des lois interprétatives. — Observation sur l'interprétation des lois.

II. — 37. Aucune œuvre de l'homme n'est parfaite; il sera donc bien rare qu'une loi soit rédigée avec assez de clarté, et prévoie les diverses hypothèses possibles avec assez de précision, pour n'avoir besoin d'aucun commentaire, d'aucune *interprétation*.

L'interprétation des lois, comme toute autre, comme toute explication, quelle qu'elle soit, est permise à tous les citoyens; et si, en général, elle émane exclusivement des magistrats et des jurisconsultes, c'est que les études spéciales de ceux-ci les mettent en état de donner une interprétation plus saine des textes faisant difficulté. Mais l'interprétation du magistrat et du jurisconsulte, pas plus que celle du simple citoyen, ne saurait faire loi, ni être imposée à tous; elle n'a qu'une autorité de raison et de logique. Malgré elle, les tribunaux restent libres d'appliquer la loi dans un sens différent : en sorte qu'on peut avoir, et on l'a souvent, en effet, une foule de décisions contradictoires, quoique rendues en vertu d'une même loi.

38. Sous ce rapport, disons-nous, l'interprétation appelée *judiciaire*, celle émanée des Cours et tribunaux, n'a pas plus de force que celle du jurisconsulte ou de tout autre citoyen. Sans doute, le jugement n'est pas comme la consultation de l'avocat, comme la décision d'un auteur, un pur acte doctrinal; c'est un acte d'autorité, un acte de puissance, emportant *obligation* et produisant *lien*. Mais, qu'on ne s'y trompe pas, cette obligation, ce lien, n'existent pas pour l'avenir et comme un règlement devant régir les cas futurs; il tombe uniquement sur un fait passé, accompli, il a pour but de terminer la contestation née entre telle et telle partie; le jugement n'a d'effet que pour ces parties et n'en a, entre ces mêmes parties, que pour le débat qui existait entre elles. Donc, tandis que la puissance législative ne régit que l'*avenir*, la puissance judiciaire ne régit que le *passé*; et tandis que le caractère de la première est la *généralité*, celui de la seconde est la *spécialité*.

Ainsi, quand tel notaire intente un procès à tel huissier qu'il prétend ne pas avoir eu le droit de procéder à telle vente publique, le tribunal saisi de la question ne pourra pas, en donnant gain de cause au notaire, juger que tous les huissiers en général, ni même les huissiers de son arrondissement, n'ont pas le droit de faire cette espèce de vente, ni même encore que l'huissier, aujourd'hui en cause, ne peut et ne pourra désormais faire de telles ventes; il jugera seulement que cet huissier a eu tort de faire telle vente déterminée; de sorte que, si le même huissier procédait plus tard à une vente semblable, le même notaire, voulant obtenir de nouveaux dommages-intérêts, devrait demander un nouveau jugement.

Quelquefois, à la vérité, le juge pose et proclame des principes *gé-*

néraux; il examine les textes de la loi, les explique, les commente et en tire des conséquences dont le caractère est la *généralité*. Mais ces opérations ne sont que les préliminaires de sa sentence; il donne là les raisons de la décision et non pas la décision même, les *motifs* du jugement et non pas le jugement, qui ne se trouve, lui, que dans la partie qu'on appelle, en termes de procédure, le *dispositif*. Le magistrat, en rendant un jugement, fait donc deux choses bien distinctes: 1° quand il prononce le dispositif, alors il agit par voie d'autorité, il commande, défend, condamne, etc., il est homme public; mais aussi il ne peut alors s'occuper que d'une affaire particulière; 2° quand, au contraire, il prononce les motifs par ces mots, *attendu que...*, *considérant que...*, il est vrai qu'il déduit, de principes généraux, des conséquences également générales; mais alors, il ne juge pas encore, il dit seulement pourquoi il va juger de telle manière, il ne fait que de la doctrine; c'est encore un homme privé interprétant la loi comme le ferait l'avocat, l'écrivain, le premier citoyen venu.

Ces idées sur lesquelles repose l'importante démarcation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, sont écrites dans la nature même des choses et formellement consacrées d'ailleurs par les art. 5 et 1351 du Code civil. C'est pour n'avoir pas saisi ces principes, et d'autres qui leur sont analogues et qui s'y rattachent, que la Chambre des députés nous a donné, sur l'interprétation des lois, la déplorable loi du 1er avril 1837, dont nous parlerons plus loin (art. 5, n° VI).

39. Ainsi, l'interprétation *judiciaire* n'est, comme celle de l'avocat ou de l'écrivain, qu'une interprétation *par voie de doctrine,* et les tribunaux ne peuvent pas plus que les jurisconsultes ramener à l'unité de jurisprudence, quand des dissidences s'élèvent sur le sens d'un texte de loi. Ces dissidences ne pourront cesser que quand un ordre, émané du pouvoir compétent pour commander à tous, aura enjoint d'accepter partout telle interprétation déterminée.

Or, le pouvoir législatif seul peut porter des règles obligatoires pour tous; lui seul, donc, peut enjoindre d'accepter telle interprétation d'une loi antérieure.

40. A côté de cette première vérité, que personne ne conteste, il faut en placer une autre qui ne paraît pas généralement comprise et qu'il est important de bien saisir. C'est que le pouvoir législatif, qui seul peut ramener à l'unité, peut le faire par différents moyens.

Il peut ou, 1° imposer une interprétation qu'il donne lui-même; ou 2° commander d'accepter telle interprétation antérieurement donnée (soit par un tribunal, soit par un auteur, ou émanée de toute autre source que ce soit); ou 3° enjoindre *à priori,* et une fois pour toutes, d'accepter les interprétations qui émaneront de telle source indiquée à l'avance; enfin, il pourrait encore 4° abroger la loi obscure et la remplacer par une loi nouvelle; mais, bien entendu, ce ne serait plus là un cas d'interprétation (1).

(1) Depuis 1790 jusqu'en 1807, conformément à la loi du 1er déc. 1790, art 91, l'in-

Dans tous les cas, et quel que soit le mode suivi par le pouvoir législatif, les docteurs, dès qu'il y a commandement de respecter telle interprétation, ont accoutumé de dire qu'il y a là une ***interprétation authentique***, une ***interprétation par voie d'autorité***, qu'ils opposent à l'***interprétation doctrinale*** et à l'***interprétation judiciaire***; puis, quand c'est le pouvoir législatif qui donne lui-même l'interprétation authentique, l'acte par lequel il la donne a été appelé, par ces mêmes docteurs, ***loi interprétative***.

Ainsi, d'après le langage reçu, on doit distinguer trois espèces d'interprétation : 1° l'interprétation *doctrinale*, ne produisant aucune obligation; 2° l'interprétation *judiciaire*, produisant obligation entre telles parties et pour telle affaire déterminée; 3° l'interprétation *législative*, produisant obligation générale et se présentant sous diverses formes, dans l'une desquelles elle prend le nom de ***loi interprétative***.

Eh bien! tout ceci est inexact. Il n'y a pas plus d'interprétation produisant obligation générale que d'interprétation produisant obligation particulière. L'idée illogique de l'interprétation législative et de ses effets provient, nous allons le voir, de la confusion faite entre l'***interprétation*** et la *loi* qui commande de l'accepter; de même que l'idée, également illogique, de l'interprétation judiciaire et de ses effets provient, comme on vient de le voir, de la confusion faite entre l'***interprétation*** qui motive un jugement et ce *jugement* lui-même.

Entrons un peu plus avant dans les choses, pour nous faire des idées vraies sur l'interprétation législative.

41. Il n'y a pas, il ne peut y avoir plusieurs espèces d'interprétation. Une interprétation, c'est une explication : or, expliquer un texte, l'éclaircir, en faire saisir le sens, c'est évidemment *faire de la doctrine*, et ce n'est rien de plus. Donc, une interprétation, de quelque source qu'elle émane, et encore bien qu'elle vienne du pouvoir législatif lui-même, est toujours nécessairement doctrinale, et elle n'est jamais que doctrinale. Une interprétation, par elle-même, ne peut pas être *obligatoire*, elle ne peut pas être une *loi*, une *règle*. Tracer une règle, faire une loi, c'est commander, défendre ou permettre, mais il n'y a rien de commun entre permettre, défendre et commander, puis interpréter et expliquer, faire comprendre. Le commandement, la défense ou la permission supposent essentiellement une autorité, une puissance, une relation de supérieur à inférieur, que l'interprétation, l'explication ne suppose en aucune sorte.

Si donc l'on veut maintenant que cette interprétation, qui par elle-même ne saurait lier personne, soit cependant admise forcément par tout le monde, il faudra évidemment ajouter à cette interprétation

---

terprétation d'une loi dut, pour faire autorité, être donnée par le pouvoir législatif lui-même. En 1807, une loi du 16 sept. (art. 2) donna, une fois pour toutes, force obligatoire aux interprétations que le chef de l'Etat, alors l'Empereur, rendrait en Conseil d'Etat. En 1828, une loi du 30 juill., abrogée aujourd'hui par celle du 1er avr. 1837, mais dont le principe est reproduit par celle-ci, a reporté au pouvoir législatif le droit de donner des interprétations faisant autorité pour l'avenir.

un élément nouveau; il faudra un ordre, une *loi* qui commande à tous de l'accepter, et cette loi ne pourra émaner, elle, que du pouvoir législatif. Du reste, que cette loi, cet ordre d'accepter telle interprétation, précède ou accompagne l'interprétation; que le pouvoir législatif ordonne une fois pour toutes de respecter les interprétations de loi qui émaneront de telle source déterminée, ou bien qu'il ordonne, à chaque fois que besoin sera, de prendre telle interprétation émanée soit de lui, soit d'ailleurs, tout cela est indifférent; le résultat sera toujours le même; toujours il y aura les deux éléments qui constituent ce qu'on a appelé l'*interprétation par voie d'autorité législative*, savoir : 1° une interprétation; 2° un ordre d'accepter cette interprétation.

42. Ces deux éléments, qu'on le remarque bien, se retrouvent *toujours* et nécessairement dans l'interprétation législative, sous quelque forme qu'elle soit donnée; ils existent forcément, quoique d'une manière cachée, dans l'acte appelé si improprement *loi interprétative*. En effet, quand le pouvoir législatif vient interpréter lui-même une loi pour faire cesser les dissidences qu'elle fait naître, il est bien vrai qu'il se contente de donner une disposition reproduisant plus clairement l'idée de la loi obscure, sans prendre la peine d'ajouter qu'il commande de recevoir cette interprétation; de sorte que, dans la forme, on n'a jamais que le premier élément, l'*interprétation*. Mais le second, l'*ordre d'accepter l'interprétation donnée*, existe virtuellement; il est sous-entendu, mais il est là par la force même des choses, et par cela seul que c'est le pouvoir législatif qui a parlé.

S'il en est ainsi, si l'acte législativement interprétatif contient nécessairement tout ensemble une interprétation et une loi, il s'ensuit que cet acte est tout à la fois explicatif sous un rapport, et impératif sous un autre; mais en tant qu'il est explicatif, il n'est pas et ne peut pas être loi, parce qu'encore une fois, il n'y a rien de commun entre *commander*, qui est l'objet de la loi, et *expliquer*, qui est l'objet de l'interprétation. Pour celui donc qui recherche le vrai sens des mots une *loi interprétative*, proprement parlant, n'est pas plus possible qu'un *cercle triangulaire*. Accolez à une loi, sous-entendue ou explicite, peu importe, l'interprétation d'une loi antérieure; confondez dans une seule disposition l'interprétation et la loi qui enjoint de l'accepter, vous ne ferez pas que votre disposition, simple en apparence et quant à sa forme, ne soit complexe au fond; vous ne ferez pas que la loi soit l'interprétation.

43. Au moyen de ces développements, on comprend qu'au lieu de parler de l'*interprétation doctrinale* et de l'*interprétation obligatoire* qu'on oppose l'une à l'autre, il faudrait placer en regard l'*interprétation pure et simple*, doctrinale assurément (mais cette qualité ne doit pas être indiquée comme caractéristique, puisqu'elle convient à toute interprétation); puis l'*interprétation légalisée,* doctrinale comme la première, mais qu'une loi (accolée à l'interprétation même ou donnée séparément, peu importe) a commandé d'accepter partout.

On comprend encore, et ceci est capital à retenir, que si la *légalisation* d'une interprétation, c'est-à-dire l'ordre de la respecter, ne peut émaner que du pouvoir législatif, l'*interprétation*, elle, peut fort bien émaner de toute autre source. Il faut donc entendre avec beaucoup de prudence cette maxime romaine, *Ejus est interpretari legem cujus est condere*, qui se trouve profondément fausse quand on la prend à la lettre, ainsi que le font plusieurs auteurs.

44. Après cette analyse de principes trop généralement incompris, terminons ce n° II en recherchant si l'acte appelé *loi interprétative* est soumis à la règle de non-rétroactivité posée par notre article.

Il est évident que non, il est évident que la loi interprétative rétroagira. En effet, dans ce qu'on appelle bien improprement loi interprétative, il y a, comme on l'a vu, deux choses : 1° l'interprétation donnée sur un texte difficile ; 2° une loi commandant d'accepter cette interprétation. Or, par un étrange abus des mots, c'est précisément à la première de ces deux idées qu'on applique l'expression de *loi interprétative* : le mot *loi interprétative*, dans le langage reçu, ne signifie pas, comme cela devrait être, la *loi* contenant une interprétation, mais bien l'*interprétation* imposée par une loi. S'il en est ainsi, notre question se résout en même temps qu'elle se pose.

Soit une loi de 1820 ayant donné lieu à de longues dissidences, et dont une loi interprétative est venue fixer le sens en 1835 : faudra-t-il appliquer cette loi de 1835, interprétative d'une loi de 1820, à un fait accompli en 1830? La question n'en est vraiment pas une. En effet, la question revient à celle-ci : *Faut-il appliquer à un fait de* 1830 *l'interprétation* (législativement donnée en 1835) *d'une loi de* 1820? Mais l'interprétation d'une loi, c'est la loi elle-même interprétée, expliquée, c'est la loi elle-même devenue plus claire, plus intelligible et prise dans un sens qu'elle a toujours eu, quoiqu'on ne l'ait pas toujours saisi. La question se réduit donc définitivement à ces termes : *Est-ce faire rétroagir une loi de* 1820 (*expliquée en* 1835) *que de l'appliquer à des actes de* 1830? c'est-à-dire que la question n'en est plus une.

Donc, l'acte qualifié *loi interprétative* rétroagira nécessairement et toujours ; et, comme on le voit, ce ne sera point parce qu'il y a une exception à notre article pour les lois interprétatives, ainsi qu'on le dit ordinairement, mais tout simplement parce que les prétendues lois interprétatives ne sont point des lois.

III. — **45.** Au reste, il ne faudrait pas regarder un acte législatif comme étant une interprétation, par cela seul que son but aurait été de faire cesser les obscurités d'une loi antérieure. Car, ainsi que nous l'avons dit, le pouvoir législatif peut faire cesser les doutes qui s'élèvent sur le sens d'une loi, soit en expliquant cette loi, soit *en lui substituant une loi nouvelle*.

Or, lorsque le pouvoir législatif, au lieu d'expliquer seulement le texte difficile par des termes qui reproduisent plus clairement la même

idée, porte au contraire une disposition nouvelle que ne contenait pas l'ancien texte, il n'y a pas là *interprétation* de la loi antérieure, il y a abrogation de cette loi et création d'une loi nouvelle.

Ainsi, en 1835, une dissidence s'étant élevée entre la Cour de cassation et les Cours d'appel, sur le point de savoir si, dans le cas dont il s'agissait, une assignation devait être donnée dans le délai de huitaine, ou si elle pouvait l'être dans le délai de trois ans, une interprétation fut demandée au pouvoir législatif. Celui-ci, trouvant le délai de huitaine trop court et celui de trois ans trop long, porta une loi qui fixait ce délai à trois mois. Il est bien évident que ce n'était pas là une interprétation de la loi antérieure; c'était une loi nouvelle, soumise, comme toutes les lois, au principe de non-rétroactivité posé par notre article, et qu'on n'a pas pu appliquer dès lors à des actes antérieurs à sa publication.

§ 2. — Des lois réglant la capacité des personnes.

IV. — 46. La capacité des personnes, comme tout le reste, est pour l'avenir dans le domaine de la loi. Celle-ci peut donc, à chaque instant, l'augmenter, la diminuer ou l'enlever pour l'avenir et à partir du moment actuel. La non-rétroactivité de la loi consiste en ce qu'elle ne peut nous enlever les droits qui nous sont déjà acquis, qui nous appartiennent irrévocablement au moment qu'elle est portée; or, l'individu capable n'a jamais un droit acquis à conserver ultérieurement la capacité dont il jouit aujourd'hui. Le seul droit qui lui soit acquis, c'est de pouvoir, tant qu'il est capable, faire valables, et valables à toujours, les actes que sa capacité lui permet; c'est donc à respecter cette capacité passée et tout ce qui en a été la suite, que se réduit la non-rétroactivité des lois dont nous parlons ici.

Ainsi, Pierre a vingt et un ans et demi; aux termes du Code civil, il est majeur depuis six mois; vienne une loi qui recule la majorité jusqu'à vingt-trois ans, Pierre redeviendra mineur pour un an et demi; mais il n'en sera pas moins vrai qu'il a été majeur pendant six mois, et que tous les actes exigeant majorité, faits par lui pendant ces six mois, l'ayant été par une personne majeure, sont et restent valables.

§ 3. — Des lois déterminant la quotité disponible.

V. — 47. On appelle *Quotité disponible* la partie de notre patrimoine que la loi nous permet de donner, par opposition à la *Réserve* ou portion réservée, dont elle défend de disposer gratuitement quand on laisse des héritiers d'une qualité déterminée, afin d'en assurer la transmission à ses héritiers.

Il faut voir à ce sujet les art. 913, 914, 915, 916 et 920.

Eh bien ! quand une donation est faite sous l'empire de telle loi et qu'une loi nouvelle vient, avant la mort du donateur, augmenter ou di-

minuer sa quotité disponible, est-ce la première loi ou la seconde qu'il faut appliquer à cette donation?

Il faut distinguer ici : 1° les *Donations entre-vifs* ou *Donations* proprement dites; 2° les *Donations testamentaires* ou *Legs;* 3° certaines dispositions tenant le milieu entre les donations et les legs, et qu'on appelle *Institutions contractuelles.*

48. Pour les donations, c'est toujours et uniquement la première loi, celle en vigueur au jour de la donation, qu'il faut appliquer.

En effet, la donation, lorsqu'elle est régulièrement faite, a pour résultat d'attribuer actuellement, immédiatement et irrévocablement, au donataire, la propriété des biens donnés, comme on le voit par l'art. 894. Donc, quand les biens donnés l'ont été régulièrement, dans les limites de ce dont la loi permettait de disposer, ils ont cessé, du moment même de la donation, d'être dans le patrimoine du donateur, et par conséquent, une loi postérieure restreignant davantage la quotité disponible n'a pu imposer à ce donateur aucune prohibition relativement à ces biens qui ne lui appartenaient plus. Décider le contraire, ce serait reporter jusqu'au temps de la donation une défense qui n'existait pas encore, et enlever au donataire un bien qui lui était acquis irrévocablement. Ce serait donc donner à la nouvelle loi un effet rétroactif.

Si nous supposons maintenant que la loi nouvelle, au lieu de diminuer la quotité disponible, l'a au contraire augmentée, nous verrons que c'est encore la loi du jour de la donation qu'il faut invoquer.

Un père qui avait deux enfants et qui dès lors aux termes de l'art. 913, ne pouvait disposer que du tiers de ses biens, en a donné la moitié. Supposons qu'avant sa mort, mais postérieurement à la donation, l'art. 913 soit abrogé et remplacé par un autre qui permette à l'individu ayant deux enfants de donner la moitié de son patrimoine, cette seconde loi n'empêchera pas les enfants de faire réduire la donation au tiers, en vertu des art. 913 et 920. En effet, quand cette donation a été faite, le donateur ne pouvait, d'après la loi alors existante, disposer que d'un tiers; la donation a donc été valable pour un tiers seulement, et l'excédant, c'est-à-dire la différence du tiers à la moitié, n'a pu être légalement acquis au donataire. Donc, valider la donation pour cet excédant, parce qu'une loi postérieure est venue permettre de donner cet excédant, ce serait faire rétroagir cette loi postérieure jusqu'au moment de la donation. Si donc, dans ce cas, le père voulait user de la faculté que lui donne la seconde loi, il lui faudrait faire une donation nouvelle.

VI. — 49. Il en sera autrement pour les donations testamentaires; c'est la loi du jour du décès qu'il faudra leur appliquer.

Par testament, en effet, on ne dispose pas actuellement, mais pour le temps où l'on cessera d'exister : le testament est tout simplement le *projet* d'une aliénation qui ne se réalise que *par la mort* du disposant; en sorte qu'après avoir testé, il reste toujours propriétaire et libre de révoquer (art. 895).

Dans notre première édition nous avions enseigné qu'il fallait appliquer ici tout à la fois, et la loi du jour de la confection de l'acte, et celle du jour du décès du testateur, pour restreindre l'effet du testament à la mesure de celle qui fixe la quotité disponible la plus étroite : attendu, disions-nous, que le testateur a besoin de la capacité légale, et le jour qu'il écrit sa disposition, et le jour qu'il réalise l'aliénation par sa mort.

C'était une grave erreur : le testament n'étant qu'un projet quand on l'écrit, il suffit d'avoir alors la capacité de disposer *en général*, la capacité d'avoir un testament; c'est seulement au jour du décès, au jour que l'aliénation s'accomplit, qu'il faut rechercher *de quoi* on a pu disposer. Au reste, cette erreur, que nous avions signalée dès la fin du 1er volume, dans les *Errata*, a été réfutée plus tard par nos explications des art. 895 et 920, et nous renvoyons de nouveau à ces articles où la question sera mieux comprise.

VII. — 50. L'*institution contractuelle* est un acte de libéralité qui participe tout à la fois de la nature des donations et de celle des testaments. Comme la donation, elle est irrévocable et ne permet point au disposant de donner à d'autres les biens qu'il a donnés ainsi ; mais d'un autre côté, elle n'a d'effet, comme le testament, qu'à la mort du disposant, qui continue d'être, pendant toute sa vie, propriétaire des biens donnés. Cette disposition a été appelée *Institution* parce que c'était une espèce d'institution d'héritier, et Institution *contractuelle* parce qu'elle ne peut pas avoir lieu par testament, mais seulement en contrat de mariage. (Voy. art. 1082 et 1083.)

De ce que ces dispositions sont irrévocables, il suit qu'elles donnent à l'institué, ou donataire, un droit acquis qu'une loi postérieure ne pourrait lui enlever sans avoir un effet rétroactif. On réglera donc la quotité disponible, dans ce cas, d'après la loi du jour du contrat.

§ 4. — Des lois pénales.

VIII. — 51. Lorsqu'une loi vient prononcer, pour tel délit, une peine différente de celle que prononçait une loi antérieure, on doit appliquer au délit commis avant la promulgation de cette seconde loi celle des deux lois qui est la moins sévère.

Si c'est la première loi qui est moins sévère que la seconde, son application n'est que le résultat des principes, puisque ce serait faire rétroagir la seconde que de l'appliquer à un fait accompli avant sa promulgation. Si c'est la seconde loi qui est la plus douce, c'est elle qu'on devra appliquer (quoiqu'il y ait en cela rétroactivité), parce que le législateur, en portant cette loi plus douce, a prouvé qu'il trouvait la première non proportionnée au délit, et que, dès lors, il y aurait injustice et inhumanité à l'appliquer plus longtemps. Il suit de là que quand un procès criminel est successivement soumis à deux juridictions, si dans l'intervalle des deux jugements une loi plus douce est portée, c'est elle, et non pas celle existante lors du jugement de pre-

mière instance, que doit appliquer le tribunal qui juge en dernier ressort (1). Delvincourt donne pour toute explication sur la rétroactivité des lois pénales cette phrase unique : *C'est un principe incontestable, qu'il ne peut jamais y avoir lieu à d'*AUTRE PEINE *que celle qui était établie par la loi en vigueur à l'époque à laquelle le délit a été commis.* Si, par *autre peine,* Delvincourt entendait une peine plus sévère, sa proposition deviendrait vraie ; mais prise dans son acceptation naturelle, elle est on ne peut pas plus fausse.

§ 5. — Formes des actes. — Clauses à y suppléer. — Preuves à admettre pour leur constatation. — Formalités à suivre pour leur exécution. — Enfin, lois sur la prescription.

IX. — 52. C'est toujours la loi du jour de la confection de l'acte qu'il faut appliquer pour les trois premiers objets ; pour le quatrième, au contraire, c'est la loi nouvelle, et c'est elle également qu'on doit appliquer quand il s'agit de prescription (2).

En effet, *quant aux formes* d'abord, tant qu'une loi n'exige pas pour un acte telles formes spéciales, je puis le faire valablement dans telle forme qu'il me plaît, et quand cet acte est fait, j'ai un droit acquis à sa validité. Une loi postérieure, exigeant des formes nouvelles, ne pourrait donc détruire la validité de cet acte qu'en réagissant sur le passé. C'est là, comme on voit, une raison générale, qui résout la question aussi bien pour les testaments que pour les actes entre-vifs.

Il n'en est pas des formes à suivre comme de la quotité dont on peut disposer. Après mon testament fait, une loi postérieure diminuant ma capacité de disposer peut bien faire que mon légataire n'ait qu'un quart au lieu de la moitié que je lui avais donnée ; mais remarquons bien comment. On ne dit pas que par l'effet de la nouvelle loi je me trouve avoir donné plus que je ne pouvais donner, ce serait faire rétroagir cette loi ; on dit que la moitié dont j'ai disposé a été valablement donnée, à la vérité, mais qu'il ne suffit pas que je l'aie valablement donnée, au jour de la confection, qu'il faut encore qu'au jour du décès je puisse valablement la transmettre, et que c'est là ce qui est empêché par la seconde loi.

Mais pour attaquer mon testament, fait en 1800, pour défaut des formes exigées en 1804, il faudrait dire, en reportant la règle tracée par la dernière loi sur un acte accompli quatre ans auparavant, que ce

---

(1) Avis du Cons. d'Ét., 29 prair. an VIII ; Cass., 15 mars 1810, 1er oct. 1813, 19 fév. 1814.

(2) Les crimes et délits antérieurs à l'annexion d'un pays étranger à la France et qui n'étaient pas encore jugés à cette époque doivent être frappés des peines prévues par la législation sous laquelle ils ont été commis, alors même que ces peines ne figureraient pas dans le Code pénal français, si d'ailleurs elles sont plus douces que celles appliquées au même fait par la loi française, et si en outre elles ne sont pas incompatibles dans leur exécution avec le système pénal de France. Cass., 14 nov. 1868 (Dev., 69, 1, 333).

testament n'est pas régulier. Il faudrait donc faire faire à cette loi un retour sur le passé, la faire rétroagir (1).

X. — 53. Pour *suppléer les clauses* non exprimées dans un contrat, il est clair qu'on ne peut se reporter qu'à la loi qui existait au jour où il a été passé. Dans ce cas, en effet, c'est l'intention des parties qu'il s'agit de rechercher ; or, ce n'est pas à une loi qui n'existait pas encore que la pensée de ces parties s'est reportée pour régler ce qu'elles laissaient inexpliqué dans leur acte. Compléter cet acte par les règles de la loi nouvelle, ce serait donc la faire rétroagir.

XI. — 54. C'est également par la loi du jour du contrat qu'il faut déterminer *quel genre de preuve on doit admettre* pour établir les conventions des parties. C'est cette loi, en effet, que les parties avaient en vue, c'est sur le genre de preuves alors admis qu'elles ont dû compter, et sur celui-là seulement. C'est parce que la loi du jour leur disait que tel point pouvait se prouver par témoins qu'elles ne s'en sont point procuré une preuve écrite, et si l'on prétendait, par l'effet d'une loi postérieure, leur défendre ce que la loi précédente permettait, ce serait faire rétroagir cette loi postérieure. Il en serait de même, si on leur permettait ce que défendait la loi antérieure.

XII. — 55. Quant au *mode* à suivre, aux *formalités de procédure* à prendre pour l'exercice d'un droit, c'est toujours la loi actuelle qu'il faut appliquer (2).

En effet, on n'a jamais un droit acquis à faire exécuter, à se faire juger, à faire procéder, en un mot, suivant telles règles plutôt que suivant telles autres, à réclamer et poursuivre l'exercice d'un droit dans telles formes plutôt que dans telles autres ; les formalités à accomplir sont toujours et nécessairement dans le domaine de la loi, et nous ne saurions jamais avoir un droit acquis à leur maintien ultérieur. Ce sur quoi nous comptons en contractant, ce sur quoi nous avons un droit que la loi ne peut venir révoquer sans rétroagir, c'est l'exécution de notre contrat, l'accomplissement de nos stipulations, mais non pas le *mode* par lequel la loi nous permettra d'arriver à ce résultat.

Le mode de procéder est donc toujours réglé par la loi du jour où l'on agit ; mais remarquons bien que c'est seulement du mode qu'il s'agit, et non du fond du droit.

Appliquons cette distinction à un cas sur lequel la Cour de cassation et Delvincourt nous paraissent s'être égarés, quoique la jurisprudence les ait suivis depuis.

D'après l'art. 1912, quand le débiteur d'une rente constituée au moyen d'un capital que le créancier ne peut exiger, cesse, pendant deux années consécutives, d'en payer les arrérages, le créancier peut exiger le remboursement de ce capital, tandis qu'avant le Code civil, le non-payement des arrérages ne conduisait point à ce remboursement

(1) *Conf.* Furgole, Merlin, Grenier; Bruxelles, 15 frim. an XII; Rej., 3 janv. 1810.

(2) *Conf.* Cass., 10 mars 1862, 5 nov. 1862, 7 déc. 1865, 23 mars 1868 (Dev., 63, 1, 80; 63, 1, 28; 66, 1, 312; 68, 1, 228).

forcé. Or, Delvincourt professe (dans le passage indiqué ci-dessus) et la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 6 juillet 1812, que, dans les rentes constituées avant le Code, le remboursement peut être exigé pour cette cause, pourvu que les deux années de non-payement se soient écoulées sous le Code, *attendu qu'il est toujours dans la puissance du législateur de régler pour l'avenir le mode d'exécution des contrats*. Mais ce motif, présenté depuis par d'autres arrêts de la Cour suprême et de nombreux arrêts de Cours d'appel, tombe évidemment à faux dans l'espèce. Il ne s'agit pas là d'un *mode* d'exécution, mais du fond du droit; il ne s'agit pas de savoir quelles *formes* on suivra pour faire résoudre, mais de savoir si on a le *droit* de faire résoudre; ce ne sont pas les *formalités* de la résolution qui sont en discussion, mais ses *causes*, lesquelles ne peuvent exister que suivant l'intention qu'ont eue les parties en contractant.

Nous traiterons plus tard, en expliquant l'art. 1912, cette question de la résolution des constitutions de rentes antérieures au Code, pour défaut de payement d'arrérages. Ce que nous voulons, quant à présent, c'est qu'il soit bien compris que si la loi ne rétroagit point quand elle change pour l'avenir le *mode d'exercice*, la *forme d'exécution* d'un droit préexistant, elle rétroagit évidemment quand elle touche au droit lui-même.

XIII. — 56. Tout ce qui concerne la *prescription* peut, à partir de la publication d'une loi nouvelle, être régi par cette loi sans qu'il y ait en cela rétroactivité.

La prescription est un moyen d'acquérir une chose et de se libérer d'une obligation par un certain laps de temps. C'est, ainsi que nous le ferons voir plus loin en expliquant l'art. 2219, une institution dont les divers législateurs ont trouvé le principe dans la nature même, dans la raison humaine, dans les règles de la plus saine morale, quoiqu'elle puisse souvent blesser l'équité dans ses applications de détail; c'est une institution que le droit civil n'a pas créée, mais empruntée au droit naturel, pour l'organiser selon les besoins des temps et des mœurs. Enlevez toute prescription, et dites ce que va devenir la possession actuelle des territoires par les différents peuples; ce que vont devenir, dans chaque Etat les fortunes particulières les mieux assises!... La prescription est une des bases fondamentales de tout ordre social... Donc, la prescription est, essentiellement et au plus haut degré, un principe d'ordre public, un moyen toujours disponible aux mains du législateur, qui peut à chaque instant et à son gré en changer le système, et modifier les règles, pourvu que ce soit seulement pour l'avenir. Jamais le citoyen ne peut avoir un droit actuellement irrévocable, un droit dès à présent acquis, au maintien des règles aujourd'hui existantes sur une pareille matière.

Ainsi, je possède depuis douze ans un immeuble dotal, et aux termes de l'art. 1561, les immeubles dotaux sont imprescriptibles pendant le mariage; eh bien! s'il vient demain une loi qui en permette la prescription, il est bien vrai que mes douze ans de possession antérieure

ne me serviront à rien, mais à partir de demain, ma possession ultérieure me conduira, après le temps voulu, à la propriété de l'immeuble. Réciproquement, si je possède depuis dix-neuf ans une maison appartenant à une femme mariée en communauté, maison que, d'après la loi actuelle, je puis prescrire par vingt ans, et que demain, une loi soit publiée qui déclare imprescriptibles les immeubles de toute femme mariée, ma prescription, pour laquelle il ne fallait plus qu'un an de possession, ne s'accomplira pas, quelque longue que puisse être ma possession ultérieure.

57. Il en sera de même quant aux délais de la prescription, en ayant soin d'observer que c'est seulement pour l'avenir que le délai de la nouvelle loi s'applique, quand il est plus court que le précédent. Ainsi, Pierre possédait depuis vingt-cinq ans, lors de la publication du Code civil, un immeuble qu'on ne pouvait prescrire auparavant que par une possession de cent ans, et qui, d'après le Code, peut être prescrit par trente. Ce n'est pas après cinq ans depuis la promulgation du Code qu'il est devenu propriétaire, quoiqu'il ait eu alors trente ans de possession, mais seulement après un délai de trente ans écoulé tout entier sous le Code, ce qui a fait au total une possession de cinquante-cinq ans.

La raison de cette décision est que, si l'on appliquait autrement la loi nouvelle, on lui donnerait une véritable rétroactivité. Supposons, en effet, pour rendre ceci sensible, que la possession de Pierre, antérieure au Code, ait été de trente et un ou trente-deux ans, au lieu de vingt-cinq. Si l'on partait alors de cette idée que le Code ne demandant qu'une possession de trente, *il suffit d'avoir possédé trente ans, à quelque époque et sous quelque loi que ce soit,* il faudrait dire que la prescription a été accomplie et la propriété acquise à Pierre dès l'instant même de la publication du Code. En sorte que le véritable maître se serait vu immédiatement privé et de l'ancien délai et du délai nouveau, et par là dépouillé de sa propriété sans avis préalable. Il dirait, et avec raison : « Ce n'est pas la loi ancienne que vous m'appliquez, puisqu'elle me donnait cent ans pour revendiquer; c'est donc la loi nouvelle. Mais cette loi nouvelle, vous faites ici tomber son effet sur un laps de temps qui était écoulé déjà quand elle est arrivée; donc, par ce système, elle exerce son action sur le passé, elle rétroagit. » Et ce raisonnement serait vrai, si court que fût le temps antérieur au Code, qu'on prendrait pour parfaire les trente ans.

Il faut donc, quand la seconde loi fixe un délai plus court que la précédente, ou bien s'en tenir à l'ancien délai, si l'on veut argumenter de la possession entière; ou bien, si l'on veut invoquer le délai nouveau et moins long, ne compter jamais ce délai qu'à partir de la loi nouvelle.

58. On conçoit qu'il en serait autrement, si la loi nouvelle fixait un délai plus long que l'ancienne. Alors, évidemment, on ne demanderait pas que la possession plus longue, voulue par la loi nouvelle, re-

commençât pour courir tout entière sous cette loi nouvelle, il faudrait seulement qu'on ajoutât au délai antérieurement exigé, et dont les quelques années déjà écoulées compteraient toujours, le délai qui fait la différence en plus, d'après la dernière loi. Ainsi, quand je possède depuis vingt-quatre ans un immeuble prescriptible par vingt-cinq, et qu'une loi, arrivant aujourd'hui, n'en permet désormais la prescription que par trente ans, ce n'est pas dans trente ans, mais dans six ans que la propriété m'en sera acquise. L'ancien maître ne peut pas prétendre ici que ses droits sont en rien lésés. Il ne pourrait pas dire qu'on n'obéit pas en entier à la dernière loi ; ce serait très-faux ; car cette dernière loi n'apporte quelque chose de nouveau, ne trace une règle vraiment nouvelle, que quant aux cinq années qu'elle demande en plus. Aussi la décision deviendrait différente, si cette loi nouvelle exigeait que les trente ans de possession fussent accompagnés d'une circonstance que ne demandait pas la loi précédente, et que ma possession antérieure de vingt-quatre années ne présentait pas. Ce ne serait alors que par une nouvelle possession de trente ans, accompagnée de la circonstance voulue, que la prescription pourrait s'accomplir à mon profit.

59. Ces diverses explications, données dans l'hypothèse de prescriptions à l'effet d'acquérir une chose, seraient absolument applicables, on le conçoit, aux prescriptions à l'effet de se libérer d'une obligation.

60. On comprend donc que ce n'est point donner à une loi nouvelle un effet rétroactif que de régler par elle toutes les prescriptions qui, lors de sa promulgation, sont encore non commencées, ou seulement en cours de s'accomplir, et que celles qui se trouvent accomplies déjà sont seules à l'abri de son influence.

61. Il suit de là que l'art. 2281 du Code civil (article nécessairement transitoire) n'a pas présenté une simple application des principes généraux du droit, mais bien une disposition exceptionnelle et toute de faveur, quand il a voulu que les prescriptions commencées lors de sa publication fussent réglées par les lois anciennes, sauf cette seule restriction, que celles pour lesquelles il aurait fallu plus de trente ans encore, fussent accomplies par ce laps de trente ans. Si cet article (de pure tolérance, jusque dans sa restriction même) n'avait point été écrit, et qu'on eût fait l'application des principes, les règles nouvelles du Code auraient saisi à l'instant toutes les prescriptions commencées : en sorte que telle prescription, sur le point de s'accomplir, aurait pu devenir impossible, et telle autre, pour laquelle quarante ou cinquante ans restaient à courir, se serait accomplie, non pas par trente ans, mais selon les circonstances, par trente, vingt ou même dix années.

Cette vérité n'a pas été comprise par tout le monde. M. Bigot-Préameneu disait en présentant les motifs du titre de la prescription : « C'est surtout en matière de propriété que l'on doit éviter tout effet » rétroactif... Il suffit qu'un droit éventuel soit attaché à la prescription » commencée, pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne

» loi. » (Fenet, XV, p. 601.) D'après cela, l'art. 2281 semblerait n'être qu'une application des principes généraux, une conséquence de notre art. 2; et c'est en effet ce qu'enseigne M. Duranton (I, nos 69 et 70).

Il ne faudrait pas croire que cette erreur soit sans conséquence. Du moment que l'art. 2281 est reconnu comme faisant exception aux principes, on ne l'appliquera que pour l'idée qu'il prévoit, c'est-à-dire *pour la durée* des prescriptions commencées avant le Code, et c'est seulement pour cette durée que l'on suivra les lois anciennes; tandis que s'il était un corollaire de ces mêmes principes, l'ancienne loi, sous l'empire de laquelle la prescription a commencé, devrait être suivie sous tous les rapports. Ainsi, que des biens prescriptibles autrefois soient déclarés imprescriptibles par le Code, ils continueraient néanmoins de se prescrire sous le Code, par cela seul que leur prescription aurait commencé auparavant. Or, il n'en sera pas ainsi; car, encore une fois, l'art. 2281 n'est qu'une exception, et le principe, en cette matière, est que la prescription constitue une règle d'ordre public que le législateur est toujours maître d'organiser comme il le juge à propos pour le plus grand bien de la société, et qui ne fait naître aucun droit acquis tant qu'elle n'est pas accomplie (1).

XIV. — 62. Nous avons dit, en commençant les longues explications données sur cet article, que la non-rétroactivité des lois est un principe qui n'admet aucune exception *en logique*, puisqu'il est de l'essence d'une loi de commander, de défendre ou de permettre, et qu'on ne peut ni permettre, ni défendre, ni commander, ce qui est accompli déjà. Une loi rétroactive est donc impossible en raison; mais il en est autrement *en fait*; c'est-à-dire qu'une loi ne devrait jamais rétroagir, mais qu'en fait, il se peut, et il arrive quelquefois qu'une loi rétroagisse.

Une loi, en effet, peut fort bien, sous ce rapport de la rétroactivité comme sous d'autres, être illogique, mauvaise, et elle n'en sera pas moins une loi; il n'y en aura pas moins, pour les tribunaux, obligation de l'appliquer. Le législateur (soit que ce nom indique un seul homme, soit qu'il représente, comme aujourd'hui en France, la collection de personnes nombreuses) peut se tromper, ou même se laisser entraîner à des passions mauvaises. Mais alors même qu'il fait mal, le législateur est tout-puissant : maître, dans l'état social, de modifier, créer ou briser à son gré les autres autorités, il ne saurait y avoir une seule autorité supérieure à la sienne. Il est bien vrai qu'en examinant d'un point de vue plus élevé et sur une base plus large l'organisation des choses humaines, l'esprit découvre bientôt une autorité nouvelle à laquelle est soumise l'autorité même de la loi de l'homme. C'est la loi de

---

(1) Delvincourt, Merlin (*Rép.*, v° Prescr.); Lagrange (*Examen crit.*, p. 23); Troplong (*Prescr.*, n° 1075); Blondeau (Rec. de Sir. IX, 1, 283); Demolombe (I, 61); cass. d'un arrêt de Bourges, 8 août 1837 (Dev., 37, 1, 679).

Dans son édition *augmentée de la jurisprudence nouvelle*, M. Duranton ne cite pas cet arrêt de cassation, et il rapporte cinq arrêts antérieurs à 1819, qu'il prétend conformes à sa doctrine. C'est une erreur. Aucun de ces cinq arrêts ne juge la question.

Dieu, la justice, la raison, qui constituent le véritable droit, et qui, se manifestant ici-bas par l'opinion publique, la conscience des masses, opèrent plus ou moins promptement, tantôt par l'action normale des mœurs sur la législation, tantôt par le moyen violent des commotions sociales, le renversement des lois mauvaises et la substitution du vrai droit au droit apparent et arbitraire; car, selon l'idée de Bossuet, *il n'y a pas de droit possible contre le droit*. Mais enfin, tant qu'une loi existe, si mauvaise, si peu logique qu'elle puisse être sous tel ou tel rapport, le pouvoir judiciaire ne peut pas ne point l'appliquer : *Dura lex, sed est lex*. En fait, donc, le législateur peut porter une disposition rétroactive; et, tout irrationnelle que sera cette disposition, elle n'en devra pas moins s'appliquer...

63. Une loi peut rétroagir de deux manières : on conçoit deux espèces ou plutôt deux degrés de rétroactivité.

L'une consiste à enlever des droits déjà certains, fixés, irrévocables, mais avant que leur exécution ait eu lieu. C'est ainsi que la loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce, déclare, art. 2 et 3, que les jugements et arrêts rendus en cette matière, mais sur lesquels la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil n'avait pas encore suivi, sont restreints aux effets de la séparation de corps, quoique le Code civil accordât aux époux, pour se présenter devant cet officier *vingt jours* dans les divorces par consentement mutuel (art. 294), *et deux mois* dans les autres (art. 266).

La seconde rétroactivité, ou mieux, la rétroactivité du second degré, plus énergique et aussi plus rare que la première, est celle qui va jusqu'à anéantir les droits qui sont déjà non-seulement acquis, mais même exécutés. On en trouve des exemples dans la loi du 17 nivôse an 2 (6 janvier 1794). Ainsi l'art. 1 déclare nulles toutes les donations entre-vifs faites depuis le 14 juillet 1789, c'est-à-dire *pendant quatre ans et demi en remontant*, à partir de sa promulgation, *aussi bien celles exécutées depuis longtemps*, que celles dont l'exécution pouvait n'avoir pas encore eu lieu. Il annule également les institutions contractuelles remontant à une époque quelconque, mais dont l'auteur était mort (et par conséquent l'*exécution réalisée*) depuis cette même date du 14 juillet 1789. L'art. 3 appelle à recueillir les successions ouvertes depuis cette même époque, les religieux qui, lors de leur ouverture, étaient incapables de succéder; et l'art. 9 veut que toutes les successions ouvertes depuis ce même temps soient prises en portions égales par les divers héritiers, nonobstant toutes lois, coutumes et donations contraires, *et malgré les partages déjà accomplis*.

64. Il ne faut pas croire, au reste, qu'une loi, parce qu'elle sera rétroactive, soit, par cela seul, contraire à l'équité. Il se peut, en effet, qu'elle ait pour but d'arrêter le plus promptement possible l'application d'une loi antérieure, reconnue mauvaise. Il en est ainsi, par exemple, de la rétroactivité que l'on donne à une loi pénale plus douce que celle qui la précédait. La contradiction aux vrais principes du droit découle alors de la loi ancienne, bien plutôt que de la nouvelle, dont

la rétroactivité n'est qu'un retour, aussi prompt que possible, à ces mêmes principes.

3. — Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les personnes même résidant en pays étranger.

SOMMAIRE.

I. Division nouvelle et tripartite des lois. — Trois sens du mot *loi personnelle*.

II. Des lois de police. — Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français, à l'exception des agents diplomatiques des puissances.

III. Des lois réelles et des lois personnelles. — Difficulté d'en bien saisir la distinction. — Moyen d'y arriver.

IV. Exemples de statuts réels et de statuts personnels. Erreur de M. Coin-Delisle.

V. Haute importance de cette distinction. — Il faut admettre des choses françaises soumises aux lois réelles françaises, comme il y a des personnes françaises soumises aux lois personnelles françaises. — Conséquence. — Le mot *résidant* du 3e alinéa n'est pas mis par opposition à *domiciliés*.

VI. Les meubles doivent être régis par la loi du pays où ils se trouvent actuellement. — Dissidence avec la généralité des auteurs.

VII. Il y a exception à la règle de l'article pour les lois qui déterminent la forme des actes. C'est toujours la loi du pays où l'acte est passé qu'il faut suivre sur ce point.

I. — **65**. Cet article nous présente une nouvelle classification des lois, laquelle les divise, sous le rapport de leur objet, en trois espèces :

1° Les lois de police;

2° Celles s'occupant particulièrement des biens, et qu'on appelle *lois réelles* ou *statuts réels ;*

3° Celles déterminant l'état et la capacité des personnes, et qu'on appelle *lois personnelles* ou *statuts personnels*.

66. Sous un premier point de vue, toutes les lois, sans exception, sont personnelles. Toutes, en effet, s'adressent aux personnes, attendu qu'il est impossible, en fait comme en théorie, de commander, défendre ou permettre quoi que ce soit à des choses; puis, les diverses lois posées par l'autorité humaine le sont toutes dans l'intérêt unique des personnes, *quarum causâ jus constitutum est,* dit avec raison Justinien au commencement du livre 1er de ses *Institutes*.

Mais si toutes les lois civiles sont nécessairement personnelles, quand on considère les êtres auxquels elles s'adressent et pour lesquels elles sont portées, on conçoit que, quand on les envisage sous le rapport de l'objet qu'elles veulent régler, elles peuvent se diviser et se divisent tout naturellement en deux classes, selon qu'elles s'occupent des personnes elles-mêmes exclusivement, ou au contraire des choses avec lesquelles ces personnes sont en relation. Sous ce rapport, il y a donc les *lois des choses* en face des *lois des personnes,* les lois *réelles* à côté des lois *personnelles,* cette dernière expression présen-

tant alors une seconde signification plus restreinte que celle qu'elle avait dans l'alinéa précédent.

Maintenant, les lois personnelles, ainsi opposées aux lois réelles, se subdivisent encore en deux classes, selon qu'elles s'occupent des personnes en tant seulement qu'elles habitent le territoire, ou qu'elles s'y attachent pour les suivre en quelque lieu qu'elles aillent. Dans le premier cas, on les appelle *lois de police;* dans le second, elles conservent dans un sens tout spécial le nom de *lois personnelles,* pris alors dans une troisième et dernière acception. C'est ainsi qu'on a la division tripartite des lois *de police, réelles* et *personnelles.*

II. — 67. Les lois de police et de sûreté sont celles qui ont pour objet le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique. Elles obligent tous ceux, sans exception, qui habitent le territoire, même les étrangers. Il est juste, en effet, que, protégés eux-mêmes par ces lois, ils les respectent à leur tour et n'aient pas le privilége absurde de venir impunément jeter le trouble dans le pays qui leur donne l'hospitalité. L'étranger, donc, en mettant le pied sur le sol d'une nation, doit comprendre qu'il s'oblige *ipso facto* à respecter toutes les lois de police qui y sont en vigueur.

Toutefois, les envoyés d'un gouvernement, revêtus d'un caractère représentatif, tels que sont les ambassadeurs, ne sont pas justiciables des tribunaux français (1). Ce n'est pas de simples particuliers qu'on voit en eux, mais bien le peuple qu'ils représentent. Les plaintes qui pourraient s'élever contre eux doivent donc être portées au Gouvernement, qui prendra les mesures convenables vis-à-vis de la nation à laquelle ils appartiennent (loi du 13 ventôse an 2). Dans son Exposé des motifs, du 4 ventôse an 11, M. Portalis disait, en parlant de la règle que porte le premier alinéa de notre article : « Nous ne parlons pas » des ambassadeurs; ce qui les concerne est réglé par le droit des gens » et par les traités. » (Fenet, VI, p. 356.)

III. — 68. Comme on l'a dit déjà, les lois personnelles sont celles qui s'occupent tout particulièrement des personnes, et dans lesquelles le législateur a pour but principal de régler leur état et de préciser la capacité plus ou moins grande qui en est la suite. Les lois réelles sont celles qui ont principalement en vue les biens, leur conservation entre les mains ou dans la famille de l'individu, les modes de leur transmission, etc.

Ainsi, les articles du Code civil qui déterminent à quelles conditions on est Français, par quelles causes on perd cette qualité, à quel

(1) Jugé que cette immunité s'étend à tous les fonctionnaires de l'ambassade, notamment aux attachés. Paris, 9 avr. 1866. (*Droit* du 11.) — Mais l'étranger n'appartenant à aucun titre à l'ambassade de sa nation est soumis à la juridiction française à raison des crimes par lui commis dans l'hôtel de cette ambassade; la fiction en vertu de laquelle l'hôtel d'un ambassadeur ou autre agent diplomatique est censé situé hors du territoire du souverain près duquel il est accrédité, doit être strictement restreinte à l'ambassadeur ou à ceux qui, lui étant subordonnés, sont néanmoins revêtus du même caractère public. Cass., 13 oct. 1865 (Dev., 66, 1, 33).

âge et avec le consentement de quelles personnes on peut se marier, quels enfants sont légitimes, quelle est la puissance des parents sur leurs enfants, à quel âge on est majeur, dans quelles circonstances une personne peut être interdite, quels sont les effets de l'interdiction et de la minorité, etc., etc., sont autant de statuts personnels.

Au contraire, les dispositions par lesquelles le législateur nous indique quels biens doivent être regardés comme meubles, quels autres sont réputés immeubles; quels droits et obligations peuvent exister d'un héritage à un autre, à raison de leur voisinage; par qui et d'après quelles règles sont recueillis les biens laissés par un défunt, etc., forment des statuts réels.

69. Dans les lois que nous venons de citer, la distinction des statuts réels et personnels apparaît clairement; mais il s'en faut de beaucoup qu'il en soit toujours ainsi, et, dans bien des cas, cette distinction, toujours importante à connaître, est fort difficile à saisir. Telle loi, qui, au premier coup d'œil, paraîtra toute personnelle, sera, après un mûr examen, rangée dans les statuts réels, ou réciproquement.

Et il n'en peut pas être autrement. Le législateur, pour régler dans tous ses effets la *capacité des personnes,* doit évidemment parler des biens, objet principal de cette capacité; réciproquement, dans les lois où il n'a en vue que les *biens,* leur conservation dans la famille, leur transmission, etc., il lui faut nécessairement parler des personnes qui pourront ou ne pourront pas recevoir ou transmettre, acquérir ou aliéner ces mêmes biens. Il devra donc arriver souvent qu'une loi ait simultanément pour objet et la personne et le bien, et que dès lors il y ait difficulté à décider si elle est réelle ou personnelle. Comment résoudra-t-on cette difficulté?

Bartole enseignait qu'il faut se décider uniquement par la rédaction de la loi; que si une loi dit : *L'aîné succédera aux biens du défunt*, elle sera personnelle, tandis qu'elle serait réelle, si elle disait : *Les biens du défunt passeront à l'aîné*. Mais il est clair que c'est là un contre-bon sens. La raison dit assez qu'il faut s'occuper des idées, non des mots; et que le seul moyen de saisir la distinction sera de faire abstraction complète de la manière dont la loi peut être rédigée, pour rechercher le *but définitif et dernier* qu'on a voulu atteindre en portant cette loi, la pensée principale qui préoccupait le législateur alors qu'il l'a écrite.

Quand c'est la capacité de la personne que la loi a principalement en vue; quand c'est cette capacité qu'elle veut régler ou qu'elle entend expliquer, en indiquant ses résultats; quand la disposition qu'elle porte sur le bien n'est que la conséquence de cette capacité, alors la loi est personnelle. Quand, au contraire, c'est le bien, ses modes de transmission, les moyens de le conserver, etc., que le législateur veut surtout atteindre; quand il n'établit l'incapacité de la personne que comme une voie pour arriver à ce but, alors, quels que soient les termes de la disposition, le statut est réel.

IV. — 70. D'après cette règle, on comprendra que les art. 913, 914, 915, etc., dont nous avons parlé sous l'article précédent, et qui fixent la quotité disponible des biens, forment des statuts réels.

En effet, quand le législateur fait défense à un père de disposer de telle partie de son patrimoine, ce n'est pas la capacité du père qu'il veut régler. Cette défense, remarquons-le, devient plus rigoureuse à mesure que le nombre des enfants augmente; or, pourquoi serait-on plus *incapable* quand on a deux enfants que quand on n'en a qu'un, quand on en a trois que quand on en a deux?... Ici évidemment, en modifiant, selon les circonstances, la capacité de la personne, le législateur a en vue un résultat ultérieur; c'est là un moyen et non son but. Son but, c'est d'assurer aux enfants la transmission d'une portion des biens de leur père. C'est pour cela que l'impossibilité de donner frappe sur une fraction plus considérable, à mesure qu'augmente le nombre des enfants. Donc, l'*incapacité* du père (si l'on peut employer ici ce mot) n'est point le but définitif et dernier du législateur; elle n'est établie que comme *moyen* d'arriver à la conservation du bien; le point réglé par ces articles est, on le voit, un des éléments constitutifs de notre système de succession; ils sont donc des statuts réels. Nous nous étonnons que cette vérité, proclamée depuis nous par M. Demolombe (I, 80), n'ait pas été comprise par M. Coin-Delisle. (Voy. dans notre tome III les observations qui précèdent l'art. 913) (1).

71. Par ces mêmes raisons, il faudra voir encore un statut réel dans la disposition de l'art. 908 du Code civil.

Dans cet article, le législateur, après avoir fixé dans l'art. 757 la fraction de biens que l'enfant naturel pourra réclamer dans la succession du père qui l'a reconnu, défend rigoureusement de faire jamais arriver à cet enfant, ni par donation, ni par testament, une portion plus forte que celle indiquée; en sorte que, souvent, le père ne pourra pas même donner à son enfant naturel ce qu'il donnerait très-valablement à un étranger.

On pourrait tout d'abord être porté à croire que cet art. 908 est un statut personnel. On dirait :

L'art. 908 n'a pas pour but d'assurer aux héritiers légitimes la transmission de la portion de biens qu'il défend de donner à l'enfant naturel, puisqu'il permet de donner cette même portion à toute autre personne. Ce que le législateur a principalement en vue dans cet article, c'est l'enfant naturel lui-même, puisque *lui seul au monde* est déclaré incapable de recevoir cette fraction, sans doute à cause de sa qualité de bâtard, qui le fait regarder d'un œil défavorable. De la transmission du bien, du point de savoir à qui il passera, la loi ne s'en inquiète guère, puisqu'elle permet de le donner *à qui l'on voudra*, à l'exception de l'enfant naturel seulement. Celui-ci est donc le seul objet que le législateur envisage; et l'unique but de l'art. 908 est d'établir une inca-

(1) Voy. *Conf.* Paris, 7 janv. 1870 (Dev., 70, 2, 97).

pacité en sa personne, à cause de sa bâtardise. Cet article est donc un statut personnel.

Si spécieuse que soit cette argumentation, ce serait cependant mal saisir la pensée du législateur que d'en adopter la conclusion.

Quand le législateur, après avoir fixé les proportions dans lesquelles il veut faire passer les biens d'un défunt à tels héritiers légitimes ou aux enfants naturels, porte une prohibition sévère de faire arriver à ces derniers une fraction plus grande que celle limitée par lui, quel est son but définitif? C'est uniquement de confirmer, quant à ces enfants naturels, et de rendre vis-à-vis d'eux stable et indépendant de la volonté contraire de l'homme, le système de succession par lui adopté. Son idée *principale* est si peu d'établir une incapacité en la personne de l'enfant naturel, que celui-ci, quand il ne se rencontrera plus avec des parents légitimes, aura la *totalité* des biens d'après l'art. 758; l'incapacité écrite contre lui n'est donc que momentanée et relative, elle n'existe qu'en tant qu'il y aura des parents légitimes; elle est donc là, non pas comme *but définitif et dernier* de cet art. 908, mais comme *moyen* de conserver le bien dans la famille légitime. Que si l'on a sévèrement défendu vis-à-vis de cet enfant ce qu'on laissait cependant facultatif vis-à-vis de tous autres individus, c'est uniquement parce que le législateur a bien senti qu'une donation faite en dehors des règles de la succession légitime était beaucoup plus à craindre et tendrait à se réaliser bien plus fréquemment au profit d'un enfant naturel qu'au profit d'un étranger : *Lex arctius prohibet, quod facilius fieri putat*. L'art 908 n'est donc vraiment qu'un moyen de confirmer le système des successions; c'est le complément nécessaire d'une partie de ce système; il est là pour corroborer l'art. 757. C'est donc un statut réel.

72. C'est encore un statut réel, évidemment, que celui qui déclare inaliénables les immeubles que les époux, en se mariant, ont soumis au régime dotal (art. 1554). Ce n'est pas assurément dans le but *principal* d'établir une incapacité en la personne de la femme et du mari qu'est portée cette prohibition. Cette incapacité n'est qu'un moyen et non un but; elle est écrite pour empêcher ces immeubles de sortir de la famille et en assurer la conservation à la femme et à ses enfants. C'est également un statut réel, comme le reconnaît M. Demolombe (I, 82), que la disposition de l'art. 747, qui, à la mort d'un donataire, fait retourner aux ascendants donateurs les biens par eux donnés qui se retrouvent en nature dans la succession; et quoique M. Duranton dise qu'on peut en douter (I, 46) et n'ose pas résoudre la question, le doute ne nous paraît guère possible, puisque c'est là un mode de transmission des biens, une des règles du système de succession *ab intestat*.

73. Au contraire, l'art. 905, qui défend à la femme mariée de faire une donation sans le consentement de son mari; l'art. 934, qui lui défend de recevoir par donation sans ce même consentement; l'art. 1549, qui lui défend de vendre un seul immeuble que sous cette même con-

dition, sont des statuts personnels. Ils ne sont, en effet, que les conséquences de l'art. 217, qui, d'une manière générale, déclare la femme mariée incapable de contracter sans l'assentiment de son mari. Dans ces cas et autres semblables, si le bien se trouve soumis à la prohibition, ce n'est qu'accessoirement, accidentellement et par la conséquence de fait d'un principe dont le but est de maintenir la femme dans la dépendance qu'elle doit au mari, comme chef de la société conjugale. Cette dépendance, le législateur la regarde tellement comme exigée par l'ordre public, qu'on ne saurait s'y soustraire par des clauses expresses du contrat de mariage, comme on le voit par l'art. 1388. Les articles précités forment donc des statuts personnels. Il en est de même des textes qui déclarent nulles la vente consentie par un interdit, la donation faite par un mineur ; car ils ne sont que la conséquence de l'incapacité générale d'aliéner et de contracter dont la loi frappe ce mineur et cet interdit.

74. En un mot, toutes les fois qu'une loi s'occupera simultanément, dans ses termes, de la personne et du bien ; toutes les fois qu'elle semblera avoir pour objet, tout ensemble, et la capacité de cette personne, et la conservation ou la transmission du bien, il faudra appliquer la règle qui suit :

Si la défense d'aliéner ou d'acquérir, de transmettre ou de recevoir, est la conséquence et l'un des effets d'une incapacité générale de la personne, la loi est personnelle; dans le cas contraire, comme ce n'est plus l'état de la personne qu'on a voulu régler, il y a statut réel (1).

V. — 75. Recherchons maintenant l'importance, la portée, les conséquences de cette distinction des lois en réelles et en personnelles.

Il résulte des termes de notre article que les lois qui s'appliquent aux immeubles régissent ceux-là même qui appartiennent à des étrangers ; et que les lois personnelles ne s'appliquent qu'aux personnes françaises, mais les suivent jusqu'en pays étranger.

Ceci fait comprendre qu'il faut rejeter au loin cette idée, dont il serait assez naturel d'être préoccupé, qu'une personne ne peut jamais rien avoir à démêler avec d'autres lois que celles de son pays. On conçoit, en effet, que l'application de tel ou tel statut, faite à un bien, réfléchit forcément sur les personnes, lesquelles se trouvent, par l'effet de ce statut, pouvoir ou ne pouvoir pas transmettre ou recevoir ce bien. Cette action des lois françaises sur des biens appartenant à des étrangers, et, par contre-coup, sur ces étrangers eux-mêmes, peut étonner au premier coup d'œil ; mais elle n'a cependant rien que de très-naturel et de très-logique.

Le souverain a puissance autant sur les biens qui constituent son territoire que sur les personnes qui forment son peuple, et de même qu'aucune de ces personnes ne peut être soustraite à sa surveillance, de même aucun de ses biens ne peut être soustrait à son administra-

(1) Voy. Cass., 6 juill. 1868 (Dev., 68, 1, 325).

tion. Son action sur ces biens est même plus stable, plus complète que celle qu'il exerce sur les personnes, puisque ces personnes peuvent échapper à cette action, soit en fait, soit même en droit, en renonçant à la qualité de Françaises. En outre, permettre qu'un territoire soit fractionné juridiquement pour que ces parties diverses soient régies par des lois émanées de législateurs divers, ce serait briser l'indivisibilité de la souveraineté. Il est donc de l'essence des choses que tous les immeubles formant le territoire d'une nation soient régis par les lois de cette nation, et l'on est conduit logiquement à reconnaître des *choses françaises, anglaises, allemandes*, etc., soumises aux *lois réelles françaises, anglaises, allemandes*, etc., comme on reconnaît des *personnes françaises* ou *étrangères* soumises aux *lois personnelles françaises* ou *étrangères*.

Il y a donc les lois des choses comme il y a les lois des personnes ; et de même que le résultat de nos lois personnelles peut se formuler en disant : *Les personnes françaises peuvent ou ne peuvent pas*... (se marier avant tel âge, disposer de leurs biens dans telles circonstances), *et ce, dans quelque lieu qu'elles se trouvent;* de même on pourrait formuler le résultat des lois réelles en disant : *Les choses françaises peuvent ou ne peuvent pas*... (par exemple, sortir de la famille pour plus de moitié, quand il y a un enfant légitime de cette famille), *et ce, à quelque propriétaire qu'elles appartiennent*.

76. Ainsi, la loi qui fixe l'âge compétent pour le mariage étant un statut personnel, *les personnes françaises ne pourront pas* se marier avant l'âge voulu par la loi française, c'est-à-dire dix-huit ans pour les hommes, et quinze ans pour les femmes (art. 144). Si donc une femme française allait se marier à quatorze ans, dans un pays dont la loi permît le mariage à cet âge, son mariage n'en serait pas moins nul. — De même, la loi qui fixe la majorité étant personnelle, *une personne française*, aux termes de l'art. 488, *ne peut* être majeure qu'à vingt et un ans, et elle le sera toujours à vingt et un ans, en quelque lieu qu'elle aille et encore que la loi du pays où elle se trouverait fixât la majorité à un âge plus avancé ou plus reculé. Réciproquement (car la loi personnelle étrangère suit aussi les étrangers en France), des Allemands qui viendraient demeurer en France n'en resteraient pas moins mineurs jusqu'à vingt-cinq ans, parce que c'est à cet âge qu'on est majeur d'après les lois allemandes. — De même encore, la loi qui détermine si et comment un enfant naturel peut être légitimé étant un statut personnel, il s'ensuit qu'*une personne française peut* être légitimée partout, d'après l'art. 331, par le mariage subséquent de ses père et mère. Donc, l'enfant naturel français serait légitimé par le mariage que contracteraient ses père et mère, même en Angleterre, où cependant la légitimation par mariage subséquent n'est pas admise ; réciproquement, un bâtard anglais resterait bâtard, malgré le mariage que ses père et mère viendraient contracter en France (1).

---

(1) Si, en principe, l'étranger reste soumis en France aux lois de son pays, quant à

C'est, on le comprend de reste, parce que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes suivent ces personnes partout, qu'on les a appelées tout spécialement *lois personnelles*. Les lois de police, elles, ne régissent les personnes qu'accidentellement et en tant qu'elles habitent le territoire, tandis que les autres ne quittent jamais les personnes françaises (tant qu'elles continuent d'être françaises); elles les suivent en tout pays étranger, non pas seulement lorsqu'elles y ont une simple *résidence,* comme pourrait le faire croire le 3[e] alinéa de notre article, mais même quand elles y sont domiciliées. Elles sont donc *personnelles* par excellence.

77. L'effet différent des lois réelles est tout aussi facile à saisir.

Ainsi les articles qui fixent la quotité disponible des biens étant des statuts réels, c'est-à-dire des lois qui régissent non plus les personnes, mais les choses, il s'ensuit que quand une personne (française ou étrangère, peu importe) a un enfant légitime, *ses biens ne peuvent pas* échapper à cet enfant légitime pour plus de moitié (art. 913). Si donc un étranger qui possède des immeubles en France, et qui a un enfant légitime, a disposé de tous ses biens au profit d'un tiers, la disposition sera réduite, quant aux immeubles de France, et l'enfant prendra la moitié de ces immeubles. — Supposons maintenant que cet étranger ait, outre son enfant légitime, un enfant naturel, et qu'il ait donné à ce dernier la moitié de ses biens français. L'art. 909 étant un statut réel qui revient à dire : *Les biens français ne peuvent jamais passer à un enfant naturel que dans les proportions de l'art.* 757, on appliquera cet art. 908 ; et comme cet article, combiné avec l'art. 757, réduit dans ce cas l'enfant naturel au tiers de la moitié, c'est-à-dire à un sixième, l'enfant légitime prendra les autres cinq sixièmes des biens français, nonobstant la disposition par laquelle le père attribuait à l'enfant naturel la moitié de ces mêmes biens.

VI. — 78. Notre article ne parle, et nous n'avons parlé jusqu'ici, que des immeubles; que faut-il décider pour les meubles?

Les meubles, tant qu'ils se trouvent en France, nous paraissent soumis, absolument comme les immeubles, à la loi française; ce sont des choses, ils doivent être régis par la *loi des choses,* par la loi réelle du pays. Ainsi, les meubles d'un étranger résidant en France n'y pourraient être saisis et vendus que conformément à la loi française. Que si ces mêmes meubles tombaient en la possession d'une personne qui, par erreur, s'en croirait propriétaire, cette personne en serait par là même propriétaire, aux termes de l'art. 2279, qui veut qu'en fait de meubles, la possession, même instantanée, rende propriétaire par prescription (pourvu qu'elle soit de bonne foi et que le meuble n'ait été ni perdu ni volé). On n'aurait point à consulter là-dessus la loi du pays de l'étranger.

---

sa capacité, ces lois ne sont toutefois applicables par les tribunaux français qu'autant qu'elles ne sont point contraires aux règles considérées en France comme tenant à l'ordre public. Ainsi la recherche de la paternité (voy. art. 340) est opposable à l'étranger, quelle que soit la loi de son pays. Cass., 25 mai 1868 (Dev., 68, 1, 365).

Toutefois, ce principe, que les meubles doivent suivre, comme les immeubles, la loi du pays où ils se trouvent, est loin d'être admis par tous les jurisconsultes; et tout en accordant les derniers points que nous venons d'indiquer, la plupart rejettent le premier, dont ils ne sont cependant que des conséquences... On tient généralement que les meubles sont régis, non pas par la loi du pays où ils se trouvent, non pas non plus par celle du pays auquel appartient leur propriétaire, mais bien par celle du pays où ce propriétaire a son domicile. Ainsi, qu'un Anglais qui a en France une grande fortune mobilière, soit en capitaux placés, soit en rentes sur particuliers ou sur l'État, aille établir son domicile en Espagne, ce ne serait ni la loi française, ni la loi anglaise qu'on devrait, d'après cette doctrine, appliquer à ces biens meubles, mais la loi espagnole. C'est cette loi espagnole qu'il faudrait suivre pour décider à qui ces biens devraient passer à la mort de leur propriétaire, et pour régler les dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'il en pourrait faire. La raison qu'on donne de cette décision, c'est que les meubles sont ambulatoires comme la personne même, et qu'ils doivent, à cause de cela, être réputés n'avoir point de situation particulière à eux propre (1).

Nous l'avouons, si accréditée que soit cette doctrine, nous ne saurions l'accepter; elle nous paraît illogique et sans aucun fondement légal.

Sans doute, l'action de la loi sur les meubles n'a pas une grande force et peut être facilement éludée, puisque, soumis aujourd'hui à la loi française, ils le seront demain à la loi anglaise, à laquelle ils pourront être soustraits encore quand le propriétaire le voudra. C'est là probablement le motif pour lequel le législateur n'en a point parlé; les objets susceptibles d'une soumission constante à la loi ont seuls appelé son attention. Les immeubles, ne pouvant être déplacés, resteront toujours sous le coup de la loi réelle; les personnes, bien que, voyageant d'un pays à l'autre, sont suivies par la loi personnelle, tant qu'elles consentent à rester françaises; il y a donc pour les premiers un lien de fait qui ne peut pas être brisé, et pour les seconds un lien moral qui subsiste malgré le passage de la personne d'un territoire à un autre. Pour les meubles, au contraire, ni ce lien de fait ni ce lien moral ne sauraient exister; eux donc, et eux seuls, échappent à l'action constante de la loi, et, encore une fois, c'est pour cela sans doute que le législateur n'en a pas parlé. Mais enfin, dans le silence du Code, il faut bien que les meubles soient soumis à une loi quelconque. Eh bien! n'est-ce pas tout naturellement à celle du souverain sous la puissance duquel ils se trouvent actuellement? Ils sont réputés, dit-on,

(1) Dumoulin (*sur Orléans*, art. 24); Dargentré (*Bretagne*, art. 218); Bouhier (*Bourgogne*, ch. 25); Boullenois (I, p. 338); Pothier (*des Choses*, § 3); Merlin (*Rép.*, v° Loi, § 6); Chabot (art. 726); Duranton (I, 90); Zachariæ (I, p. 56); Valette (sur Proudh., I, p. 97); Demolombe (I, 96); Aubry et Rau (I, p. 102, 4e édition. — V. Paris, 13 mars 1850, 25 mai 1851, 6 janv. 1862; Cass., 22 mars 1865, Paris, 14 juill. 1871 (Dev., 51, 2, 791; 52, 2, 287; 62, 2, 337; 65, 1, 175; 71, 2, 141; *J. Pal.*, 50, 2, 436; 52, 2, 232).

n'avoir point de situation particulière. Mais pourquoi donc *réputés n'avoir point de situation,* quand par le fait ils en ont une? C'est, nous répond-on, parce qu'ils sont ambulatoires, parce qu'aujourd'hui en France, ils peuvent être bientôt en Angleterre. Mais le domicile, par la loi duquel vous voulez les régler, n'est-il pas ambulatoire lui-même? Aujourd'hui en Espagne, ne peut-il pas être en Russie dans un mois? Comment donc rejeter la réalité pour admettre une fiction, alors que cette fiction ne se fonde sur rien, et de plus ne sert à rien? Et non-seulement elle ne sert à rien, mais elle est même plus incommode que la réalité même, et elle jette dans des impossibilités qui forcent souvent ses partisans de reculer devant elle. Et en effet, comment le souverain du pays du domicile, de la France, par exemple, fera-t-il respecter ses lois sur des meubles qui se trouvent hors des pays soumis à sa puissance? en Perse, par exemple?... Est-ce que, logiquement, un législateur peut commander ce qu'il sait n'avoir pas le pouvoir de faire exécuter? Puisque la soumission des meubles à telle ou telle loi ne peut jamais être que précaire et instable, on doit reconnaître la soumission instable à la loi du pays où ils sont, plutôt que la soumission, instable également, à la loi du domicile. C'est avec le souverain du pays où ils se trouvent qu'ils sont *réellement* en relation, c'est à sa puissance que *réellement et par le fait* ils sont soumis; on ne peut donc pas, à moins de règles formelles posées à cet égard par les divers législateurs, les déclarer soumis, par fiction, à l'autorité d'un autre.

La Cour de Rouen a donc bien jugé, selon nous, quand elle a décidé que des biens, meubles comme immeubles, qui se trouvaient en Russie, étaient tous valablement acquis à la personne envoyée en possession de ces biens, en vertu des lois et des jugements russes, encore bien que le sieur Cardon, de la succession duquel il s'agissait, fût, lors de son décès, domicilié en France et n'eût qu'une résidence à Saint-Pétersbourg (1).

VII. — 79. Au principe développé ci-dessus, que les lois réelles régissent tous les biens qui sont en France, et que les lois personnelles suivent les personnes françaises partout, il faut apporter une exception pour une certaine classe de lois.

En effet, les lois qui déterminent la forme à suivre pour la rédaction d'un acte, pour la passation d'un contrat, sont bien aussi réelles ou personnelles, selon que l'acte pour lequel on les applique est relatif à la propriété des biens ou à l'état des personnes; mais, comme il y a nécessité, lorsque la validité de l'acte est soumise à l'emploi de telle ou telle forme, de s'adresser aux fonctionnaires du pays où l'on se trouve, et que ceux-ci ne peuvent instrumenter que conformément aux règles tracées par le pouvoir qui les a instituées, il s'ensuit que,

(1) *Conf.* Lagrange (*Ex. crit.*, p. 32); Rouen, 25 mai 1813; Riom, 7 avr. 1835; Cass., 29 août 1837 (Dev., 35, 2, 374; 37, 1, 762). — Voy. aussi un arrêt de cassation du 17 juill. 1850, et nos observations sur cet arrêt dans la *Rev. crit. de la jurisprudence* (t. I, p. 79 et 80).

par la force même des choses, on doit tenir partout pour régulier l'acte pour lequel on aura suivi les lois du pays où il a été passé. Aussi a-t-on toujours admis universellement cette maxime : « *Locus regit actum* » (c'est la loi du pays qui détermine la forme d'un acte); maxime dont nous verrons notre législateur faire l'application dans les art. 47, 170 et 999.

Dans le projet de notre titre préliminaire se trouvait un article qui disait formellement : « La forme des actes est réglée par les lois du » pays dans lequel ils sont passés. » Cet article fut rejeté comme indiquant une vérité tellement incontestable, qu'il était inutile de l'écrire dans le Code (*Rapport* du tribun Andrieux, Fenet, VI, p. 66).

Si donc un Français et une Française se marient en Russie, quoique les lois réglant les formes suivant lesquelles on doit se marier, soient des statuts personnels, et que dès lors on devrait, d'après les principes exposés, appliquer ici les lois françaises, le mariage sera très-valablement célébré dans les formes indiquées par la loi russe. On suivra également la loi russe quant aux formes d'un acte de donation qu'une personne, étrangère ou française, ferait en Russie, pour ses biens situés en France, quoique, d'après la règle de notre article, on dût appliquer la loi réelle française, puisqu'il s'agit de biens français.

En vain M. Duranton veut restreindre cette règle aux actes publics et prétend qu'un Français ne pourrait pas, à l'étranger, faire sous signature privée les contrats pour lesquels la loi française demande un acte authentique (I, 91), par exemple, une donation entre-vifs; car il est clair que le point de savoir si cet acte pourra se faire sous seing privé, n'est qu'une question de *forme d'acte*. Aussi la jurisprudence déclare valables les contrats de mariage rédigés sous seing privé, ainsi que les donations qu'ils contiennent, et même les célébrations de mariages faites sans aucun écrit, quand telle a été la loi du pays (1).

4. — Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

SOMMAIRE.

I. Obligation pour le juge de toujours juger, même dans le cas non prévu par la loi, ce qui consacre implicitement tous les principes du droit naturel. — Exception à cette règle pour les matières criminelles.

II. Peine du déni de justice et moyen de le constater.

I. — 80. Après avoir étudié d'abord la *Confection*, la *Promulgation* et la *Publication* des lois sous l'art. 1er, puis leurs *Effets* sous les art. 2

---

(1) Paris, 11 mai 1816, 22 nov. 1828; Rej. (sur arrêt conf. de Bordeaux), 20 déc. 1841 (Dev., 5, 2, 140; 9, 2, 157; 1842, 1, 321). — M. Duranton garde encore le silence sur ces arrêts. — *Comp.:* Fœlix (p. 95); Merlin (*Rép.*, v° Testam., sect. 2, § 4, art. 1); Massé (2, 86); Bonnier (*Preuves*, n° 761).

et 3, nous arrivons à leur *Application*, qui fait l'objet de cet art. 4 et des art. 5 et 6, les derniers du Titre préliminaire.

Il est impossible, on l'a dit déjà, que la loi prévoie tous les cas qui peuvent se présenter, et qu'elle soit toujours assez claire pour qu'il n'y ait pas lieu souvent à des doutes sur son vrai sens. Il faut bien néanmoins que justice soit rendue, et si le juge ne prononçait, en cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, qu'après en avoir référé au législateur, la marche des affaires serait à chaque instant entravée; puis on verrait bientôt s'accroître, d'une manière vraiment effrayante le nombre de nos lois, tellement considérable déjà, que, comme l'a dit un auteur, celui-là mérite presque déjà le nom de savant qui sait seulement se reconnaître au milieu d'elles, et en trouver une quand il a besoin de la consulter.

Le juge devra donc prononcer toujours, en suppléant à la loi, soit par des inductions tirées de la loi elle-même, soit en recourant à la jurisprudence des tribunaux, à la doctrine des auteurs, aux décisions des jurisconsultes romains, soit enfin en se décidant d'après ses propres lumières et les principes de la raison et de l'équité. On voit ainsi que, par cet article, tous les principes du droit naturel sont tacitement consacrés, ce qui amène une différence profonde, capitale et d'une portée immense entre la législation romaine et la nôtre.

Dans les principes du droit de Rome, le juge (*qui habebat judicium*) ne pouvait prononcer sur une contestation que quand il en avait reçu l'ordre écrit, dans la formule délivrée par le magistrat (*qui habebat jurisdictionem*); or, celui-ci ne devait délivrer cette formule que quand un texte de loi avait formellement prévu le cas pour lequel on la lui demandait; hors de là, toute action était refusée. Ce n'est que plus tard, quand le progrès de la civilisation et des mœurs a donné aux Préteurs la force de créer un droit nouveau à côté du droit civil, que l'équité commence à être comptée pour quelque chose, et que le magistrat, en entrant en fonctions, promet, comme un bienfait extralégal dont il prend sur lui la responsabilité, de donner le droit d'agir et d'aller se faire juger, dans quelques-unes des circonstances que la loi n'a point prévues (*actionem dabo, judicium dabo*). Chez nous, quel changement! La faculté de demander et d'obtenir jugement appartient à tous, et partout, et toujours, de la manière la plus illimitée, la plus absolue, sans exception ni restriction aucune. Il n'y a pas de contestation, pas de difficulté sur laquelle le juge ne puisse et, bien plus, ne doive prononcer à ma réquisition. S'il refuse, pour quelque motif que ce puisse être, et même en alléguant le silence, quelquefois très-réel de la loi, il devient *coupable*, et je puis *le poursuivre* pour *déni de justice* (1).

81. Toutefois, c'est seulement dans les matières civiles que notre

(1) Décidé que le juge peut, sans commettre un déni de justice, se dispenser de statuer sur les difficultés éventuelles auxquelles peut donner lieu l'exécution de son jugement, sauf à y statuer plus tard si elles venaient à se manifester. Cass., 11 août 1856 (Dev., 57, 1, 126; *J. Pal.*, 58, 977).

article reçoit application; les matières criminelles sont dominées, et devaient l'être, par un principe tout contraire. Quand il s'agit de délits ou d'actes prétendus tels, la raison dit assez que le juge n'a plus, non pas seulement le devoir, mais la faculté de suppléer au silence de la loi; car tout ce que la loi ne me défend pas m'est permis. Lors donc que le fait dont un accusé est prévenu et convaincu, n'est puni par aucun texte légal, cet accusé doit être absous. C'est ce que déclare l'art. 364 du Code d'instruction criminelle.

II. — 82. Le refus de juger ou *déni de justice* est puni, par l'art. 185 du Code pénal, d'une amende de 200 à 500 francs et de l'interdiction de toutes fonctions publiques de cinq à vingt ans. Mais il est clair qu'un simple délai de juger ne constituerait pas un déni; nous avons au Code de procédure les moyens de mettre le juge en demeure et de constater le déni de justice (art. 506, 507 et 508).

5. — Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

SOMMAIRE.

I. Séparation nécessaire des deux pouvoirs législatif et judiciaire.
II. Sens et portée de cet article : l'art. 1351 sur l'autorité de la chose jugée n'en est qu'une application.
III. Si, en fait, un jugement peut, par son exécution, nuire à un tiers, celui-ci peut l'attaquer par la tierce opposition.
IV. Idée succincte de l'organisation judiciaire en France.
V. De la Cour de cassation. — Elle ne fait point, rigoureusement parlant, partie du pouvoir judiciaire, puisqu'elle ne rend point de jugements; elle est plutôt une commission d'interprétation et de conservation des lois.
VI. Critique et fâcheuses conséquences de la loi du 1er avril 1837, sur l'autorité des arrêts de seconde cassation.
VII. Les membres du ministère public fonctionnant près des tribunaux font partie, non du pouvoir judiciaire, mais du pouvoir exécutif. — Du tribunal des conflits.

I. — 83. « Il n'y a point de liberté, a dit Montesquieu, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative. » Et, en effet, il est évident que si le même homme, qui est chargé d'appliquer la loi, pouvait en même temps la changer et la modifier à son gré, la fortune, la liberté et la vie des citoyens seraient à la merci du plus complet arbitraire.

Il n'est guère de principes, cependant, qui aient été aussi peu respectés que celui de la séparation des deux pouvoirs législatif et judiciaire. A Rome, il fut constamment violé; les Préteurs, on le sait, arrivèrent peu à peu à changer complétement la loi dont l'application leur était confiée, et les empereurs, après s'être attribué le pouvoir législatif, se firent juges plus d'une fois. En France, avant la révolution de 1789, la séparation de ces deux pouvoirs, quoique reconnue en théorie, était souvent violée par les Parlements, qui, non contents d'accorder ou de refuser à leur guise l'enregistrement des lois, s'étaient arrogé le droit de faire, chacun dans sa province, des règlements obligatoires.

C'est seulement par la Constitution de 1791 que cette séparation fut réalisée complète et entière; et notre article, comme on le voit, reproduisant cette règle expresse de l'Assemblée constituante, adresse énergiquement aux juges la défense de s'immiscer dans les fonctions du législateur. Cette défense est sanctionnée au Code pénal par l'art. 127, qui déclare coupables de forfaiture et frappe de la dégradation civique les juges qui y contreviendraient.

II. — 84. La disposition de notre article a une portée plus grande qu'elle ne paraît au premier abord, mais qu'un peu de réflexion fait bientôt saisir.

Le but de cet article est d'enjoindre aux juges de se renfermer strictement dans leurs attributions. Or, les attributions du pouvoir judiciaire consistent, comme nous l'avons dit déjà sous l'art. 2, n° II, à appliquer la loi à chaque fait particulier, pour vider la contestation à laquelle ce fait donne lieu. Tandis que la loi ne dispose que pour l'avenir et ne doit jamais agir sur le passé, le jugement, lui, ne s'occupe que du passé et ne peut jamais régler l'avenir. Il est de la nature d'une loi d'obliger tous les citoyens; il est de la nature d'un jugement de n'obliger que les parties en cause dans la contestation, et seulement quant à l'objet de la contestation.

Ainsi, Pierre, dans un procès contre Paul, est déclaré par jugement avoir telle qualité que Paul lui contestait; il ne faut pas croire que par là cette qualité soit établie au profit de Pierre d'une manière absolue; elle ne l'est que *relativement* à Paul; parce que le jugement n'a eu, et n'a pu avoir pour objet, que de terminer le différend existant entre Pierre et Paul. Si donc Louis venait ensuite contester à Pierre cette même qualité, il faudrait un nouveau jugement pour vider cette contestation nouvelle. Et, en effet, dire que la qualité, attribuée à Pierre par un jugement, est dès lors établie d'une manière absolue, ce serait dire que tous les citoyens sont désormais tenus de la lui reconnaître; que toutes les contestations qui pourraient s'élever sur ce point plus tard, soit devant le même tribunal, soit devant d'autres tribunaux, devront forcément être décidées dans le même sens, ou plutôt qu'elles ne devront pas même être examinées, attendu qu'elles sont toutes résolues à l'avance par le premier jugement; ce serait donc donner à ce jugement l'effet d'une disposition générale et réglementaire.

Qu'on ne l'oublie donc pas, la force du jugement se restreint rigoureusement à la contestation spéciale dont il s'agit et aux personnes en cause dans cette contestation. Si le jugement présente des propositions générales, des indications de principe et des déductions formant des règles absolues, ce ne peut être, ainsi que nous l'avons expliqué encore sous l'art. 2, que dans ses *motifs*, alors que le juge fait simplement de la doctrine et indique les raisons pour lesquelles il va juger de telle manière; mais non dans le *dispositif*, où se trouve vraiment le jugement, et qui, pour cela, ne peut porter que sur une affaire spéciale.

85. Cet art. 5 consacre donc, implicitement et par voie de consé-

quence, ce principe qu'un jugement n'a d'autorité que pour les parties entre lesquelles il est rendu. Il nous prouve que si, pour le maintien de l'ordre et l'existence même de la société, il est indispensable d'accepter comme vraie toute chose définitivement jugée, en appliquant cette maxime, *res judicata pro veritate habetur,* il faut aussi ne pas oublier que la vérité judiciaire n'est qu'une vérité de convention, de fiction, une vérité essentiellement relative; en sorte qu'il faut placer à côté de cette première maxime, cette autre non moins importante, *res inter alios judicata, aliis nec nocet nec prodest.* L'art. 1351 ne fait donc qu'expliquer la pensée intime de notre art. 5, quand il dit que pour qu'il y ait chose jugée, c'est-à-dire pour qu'il n'y ait pas lieu à faire juger de nouveau une question, il faut *que la seconde demande ait le même objet que la première, qu'elle soit fondée sur la même cause, qu'elle se produise entre les mêmes parties; qu'enfin ces parties agissent dans les mêmes qualités.*

III. — 86. Toutefois, bien que le jugement auquel je n'ai pas été partie ne puisse pas, *en droit,* avoir effet contre moi et soit pour moi chose non avenue, il se peut cependant que ce jugement soit de nature à ne pouvoir, *dans le fait,* être exécuté sans blesser mes intérêts et me préjudicier. Dans ce cas, outre que je pourrais, bien entendu, intenter directement une action principale pour faire juger le contraire de ce que décide le premier jugement, je puis aussi prévenir ou arrêter l'exécution de ce jugement, en y formant une *opposition* fondée sur ce que ce jugement est pour moi *res inter alios judicata,* que quant à lui je suis un *tiers.* Cette opposition s'appelle pour cela *tierce* (voy. art. 474 Code de proc.).

Du reste, on peut avoir été partie dans un procès et se trouver, par conséquent, dans l'impossibilité de former tierce opposition au jugement, quoiqu'on n'y ait pas figuré en personne, ni même par un mandataire formel. Il suffit pour cela qu'il y ait eu dans ce procès une personne dont on est l'*ayant cause,* c'est-à-dire une personne que l'on représente, que l'on remplace, aux droits de laquelle on a succédé; et, par exemple, un héritier ne pourra pas se prétendre *tiers* quant au jugement dans lequel a figuré son auteur.

Nous reviendrons plus loin sur ces idées, que nous n'indiquons ici que sommairement, notamment sous les art. 1322, 1328, 1351.

IV. — 87. Avant de quitter cet article nous croyons nécessaire de donner une idée de l'organisation du pouvoir judiciaire en France.

Nos tribunaux se divisent en ordinaires et extraordinaires.

88. On peut distinguer trois classes de tribunaux ordinaires :

1° Les tribunaux de canton, connus sous le nom de *justices de paix;*

2° Les tribunaux d'arrondissement, vulgairement appelés *tribunaux civils* ou *tribunaux de première instance;*

3° Les tribunaux supérieurs, ou *Cours d'appel.*

1° Il y a une justice de paix par chaque canton.

En matière civile, les juges de paix prononcent en dernier ressort, c'est-à-dire sans appel, jusqu'à la valeur de 100 francs, et à charge d'ap-

pel au tribunal d'arrondissement, jusqu'à la valeur de 200 francs. (Loi du 25 mai 1838.)

En matière criminelle, ils connaissent, concurremment avec les maires, des faits qualifiés *contraventions de police*.

Le nom de *juge de paix*, donné au magistrat qui constitue le tribunal de canton, est fort inexact. Car, d'un côté, la mission confiée à ce magistrat de s'efforcer de concilier les plaideurs (mission d'où il tire son nom) n'est que l'une de ses diverses attributions; et, bien mieux, quand il siége en bureau de conciliation, il cesse d'être juge et ne constitue plus un tribunal.

2° Il existe un tribunal de second ordre dans chaque arrondissement.

En matière civile, il connaît, en dernier ressort : 1° des appels de justice de paix; 2° des demandes qui ne s'élèvent qu'à 1 500 francs ou au-dessous; en premier ressort, et sauf appel à la Cour d'appel, de toute demande excédant 1 500 francs, à quelque valeur qu'elle s'élève. (L. du 11 avril 1838.)

En matière criminelle, il juge, sous le nom de *tribunal correctionnel* : 1° en dernier ressort, les appels de simple police; 2° sauf appel, les faits qualifiés *délits* (art. 200 et 201 Code d'inst. crim.).

On voit qu'il est inexact d'appeler ces tribunaux *tribunaux civils*, puisqu'ils jugent également en matière criminelle; ou encore *tribunaux de première instance*, puisqu'ils jugent en dernier ressort comme en premier, selon les cas.

3° Les Cours d'appel, qui n'existent en France qu'au nombre de vingt-sept (1), ne jugent que sur appel et en dernier ressort.

Elles connaissent : 1° des appels des tribunaux d'arrondissement; 2° des appels des tribunaux de commerce (dont nous allons parler bientôt); 3° en matière criminelle, des appels de police correctionnelle.

Dans chaque département, ce sont trois conseillers de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle ce département se trouve, qui, sous le nom de *Cour d'assises*, connaissent des faits qualifiés *crimes*. La Cour, du reste, n'est chargée que d'appliquer la peine, la question de culpabilité étant résolue par douze jurés.

Les jugements que rendent les Cours prennent spécialement le nom d'*arrêts*.

89. Les principaux tribunaux extraordinaires sont : 1° les tribunaux de commerce, qui jugent les affaires commerciales, en dernier ressort, jusqu'à 1 500 francs, et au-dessus de 1 500 francs, sauf appel à la Cour;

---

(1) Ce nombre est de vingt-six aujourd'hui par suite de l'annexion de la Savoie et la création d'une Cour à Chambéry d'une part, et d'autre part par suite de la distraction de l'Alsace et de la Lorraine, qui a amené la suppression des Cours de Metz et de Colmar. Il y a en outre les Cours d'appel d'Alger, de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de Pondichéry, de la Réunion, du Sénégal et de la Cochinchine.

2° Les tribunaux militaires, qui connaissent des délits militaires;

3° Les tribunaux administratifs, qui jugent les contestations élevées entre les particuliers et l'Administration. Les principaux sont, en première instance, les conseils de préfecture; en dernier ressort, le Conseil d'État, auquel sont d'ailleurs dévolues bien d'autres attributions;

4° « *Enfin, une haute Cour de justice, composée de cinq juges élus* » *parmi les conseillers de la Cour de cassation, et de trente-six jurés* » *tirés au sort parmi les membres des conseils généraux de département,* » *juge, sans appel ni recours en cassation, les accusations portées par* » *l'Assemblée nationale, soit contre le Président de la République et les* » *ministres, soit contre toute personne prévenue de crime contre la sû-* » *reté de l'État* (1). » (Constit., art. 91, 92.)

V. — 90. En outre de ces Cours et tribunaux divers, il existe un corps qui, sans faire rigoureusement partie de l'ordre judiciaire, s'y rattache cependant d'une manière intime; c'est la *Cour de cassation.*

La Cour de cassation, qu'on appelle aussi *Cour suprême, Cour régulatrice,* a été instituée par la loi des 27 novembre, 1er décembre 1790, dans le principal but de maintenir l'unité de législation et de fixer le vrai sens des lois, en annulant tout jugement qui contiendrait la violation de quelque disposition légale. L'acte par lequel on saisit cette Cour se nomme *pourvoi,* et non pas *appel.*

Un point fort important à comprendre, c'est que les décisions de la Cour de cassation, quoiqu'elles reçoivent le nom d'arrêts, comme les décisions des Cours d'appel, auxquelles on pourrait dès lors les croire analogues, ne sont point des jugements dans le sens exact de ce mot; car elles ne terminent point le débat, elles ne vident point la contestation. Lorsqu'un arrêt, ou un jugement en dernier ressort, est déféré à la Cour suprême (on ne peut jamais former de pourvoi en cassation contre un jugement dont l'appel est possible), et qu'elle y reconnaît une fausse application, une interprétation erronée de la loi, elle le casse; mais elle ne le remplace pas par une autre décision : elle ne réforme pas ce jugement, comme le disent quelquefois les auteurs (Duranton, XII, 287), elle le supprime et renvoie ensuite les parties à se faire juger par un tribunal du même rang que celui dont la sentence est ainsi annulée. Si la décision qui intervient sur ce renvoi n'est pas conforme à celle de la Cour suprême, on peut encore se pourvoir devant elle; mais son second arrêt doit être rendu toutes chambres réunies. Après ce second arrêt, s'il casse encore, elle renvoie également l'affaire devant un autre tribunal, dont la sentence alors est inattaquable, mais qui est tenu (L. du 1er avril 1837) de prononcer dans le même sens que l'arrêt solennel de cassation.

91. Cette Cour donc, comme nous le disions, ne fait point partie de l'ordre judiciaire; elle ne forme point un nouveau degré de juridiction. Établie pour veiller à la saine interprétation, à la juste application des lois et annuler tout ce qui s'en écarte, elle *casse* ou bien

---

(1) La haute Cour de justice est abolie. — Décr. 4 nov. 1870.

laisse subsister les jugements rendus par les tribunaux; mais elle ne rend jamais de jugement. Quand une Cour d'appel confirme le jugement dont on avait appelé devant elle, c'est l'arrêt confirmatif qu'on exécutera et non pas le premier jugement; au contraire, quand la Cour de cassation maintient une décision en rejetant le pourvoi dirigé contre elle, c'est toujours cette décision qu'on applique et non l'arrêt de rejet. Encore une fois, la Cour de cassation ne juge pas.

Juger, avons-nous dit déjà, c'est appliquer la loi à un débat particulier, pour terminer ce débat; or, c'est là précisément ce que la Cour de cassation ne fait jamais et ne doit jamais faire; loin de vider le débat, elle n'en prend pas même connaissance. Aussi, qu'on remarque bien une chose : nous avons dit, sous l'art. 2, qu'il faut distinguer dans un jugement deux parties fort différentes l'une de l'autre : les *motifs*, qui ne sont que les préparatifs, les bases de la sentence; puis le *dispositif*, qui constitue cette sentence en réglant les intérêts contraires des parties. Eh bien! dans les arrêts de la Cour suprême, il n'y a point de dispositif, point de règlement des intérêts des parties. Tout arrêt de cette Cour revient à ceci : *Le jugement attaqué a bien interprété la loi; donc, je le laisse subsister, je rejette le pourvoi formé contre lui;* ou bien : *Le jugement a mal interprété la loi; donc, je l'annule; les juges compétents en rendront un nouveau.*

La Cour de cassation n'est donc point, proprement, une assemblée de juges; c'est une commission d'interprétation et de conservation des lois.

VI. — 92. La loi du 1er avril 1837, en attribuant à l'arrêt de seconde cassation la force d'obliger la Cour ou le tribunal de renvoi à s'y soumettre, n'a pas osé aller plus loin; elle n'a pas osé dire, comme de bons esprits le demandaient, que l'arrêt des chambres réunies constituerait une interprétation légalisée que tous les tribunaux et la Cour de cassation elle-même seraient désormais tenus de respecter. Le législateur a reculé devant cet effet général. Ainsi, le tribunal auquel l'arrêt de seconde cassation renvoie l'affaire jugera dans le même sens pour cette affaire particulière; mais ce tribunal, et comme lui tous autres et la Cour de cassation elle-même, restent libres de juger différemment la même question dans toutes autres affaires.

C'est un bien grand tort, et la loi de 1837, inexcusable de tous points, mérite surtout le double reproche de dénaturer les attributions de la Cour suprême et de se jouer des intérêts les plus sacrés des citoyens.

Et d'abord cette loi, pour le cas dont il s'agit, fait de la Cour de cassation un troisième degré de juridiction en lui faisant rendre des jugements, contrairement au but incontesté de son institution. C'est évident, et les sophismes par lesquels on a essayé d'établir que l'arrêt de seconde cassation n'est point un jugement, tombent devant ces idées bien simples : cet arrêt ne peut obliger que comme étant revêtu ou de l'autorité législative ou de l'autorité judiciaire; or, ce n'est pas législativement qu'il oblige, puisque sa vertu s'arrête à la seule affaire

dans laquelle il est rendu; c'est donc comme ayant l'efficacité judiciaire. Et le garde des sceaux lui-même, au moment où il voulait prouver le contraire, en laissait échapper l'aveu; car il disait que « les Cours de renvoi se trouveront alors dans une position analogue à ce qui arrive, quand l'une des parties excipe *d'un jugement passé en force de chose jugée...* » Mais si la loi de 1837 dénature ainsi les attributions de la Cour suprême en lui faisant rendre des jugements, elle lui refuse aussi le seul moyen d'atteindre son but. Ce but, on le sait, est d'arriver à l'unité et à la fixité de la jurisprudence; or, comment sera-t-il jamais atteint, même sur un seul point, tant que les arrêts solennels et si rares de seconde cassation laisseront encore à tous les tribunaux de France et à la Cour de cassation elle-même la pleine faculté de juger ensuite autrement?

Cette même circonstance fait voir à quelle affreuse incertitude les citoyens sont livrés, et livrés à toujours, sur les plus graves questions. Un arrêt de chambres réunies n'intervient jamais qu'après bien des années depuis la promulgation du texte faisant difficulté. C'est ainsi que, sur la fameuse question de révocation des donations par la séparation de corps, un arrêt solennel de la Cour suprême n'a été rendu qu'en 1845, c'est-à-dire *quarante et un ans* après la publication du Code! Bien d'autres questions non moins graves attendent encore un pareil arrêt! Or, cet arrêt, si longtemps attendu, donnera-t-il enfin la certitude du sens dans lequel la loi doit être entendue? Non, puisque la Cour suprême elle-même peut juger différemment un peu plus tard, et qu'il suffira du changement de quelques-uns de ses membres pour amener ce résultat. Les citoyens sont donc dans l'impossibilité d'avoir *jamais*, et sur aucun point que ce soit, le sens certain de règles qui sont pourtant la base de leurs conventions de chaque jour!

Si, au contraire, la loi de 1837 avait déclaré légaliser à l'avance toutes les interprétations qui seraient données par les arrêts solennels de la Cour suprême, chacun de ces arrêts eût été un pas fait vers l'unité fixe de la jurisprudence; il eût apporté aux citoyens le sens légalement certain d'un des points faisant difficulté, et cette Cour n'aurait point rendu de jugements, puisque ses arrêts de seconde cassation eussent obligé, non comme ayant force de chose jugée, mais comme ayant force législative. Quant à l'objection devant laquelle on semble avoir reculé et qui consistait à dire qu'on eût ainsi fait participer la Cour de cassation au pouvoir législatif, elle tombe devant cette observation, développée sous l'art. 2, que, si la *légalisation* d'une interprétation ne peut, en effet, émaner que du pouvoir législatif, l'*interprétation* à légaliser, ou légalisée d'avance, peut très-bien émaner de toute autre source. (*On peut voir, sur ce point, une dissertation plus développée dans nos trois premières éditions.*)

VII. — 93. Il est certains magistrats que l'on s'accoutume facilement à regarder comme appartenant au pouvoir judiciaire, parce qu'ils fonctionnent auprès des divers tribunaux, mais qui cependant ne sont que des agents du pouvoir exécutif.

L'ensemble de ces fonctionnaires, chargés de veiller au maintien de l'ordre public, de provoquer et d'éclairer l'action de la justice, puis de faire exécuter ses décisions, a reçu le nom de *ministère public*. On l'appelle aussi *parquet*, comme on appelle souvent *barreau* l'ensemble des avocats ; dans les deux cas, c'est le nom du *lieu* qui est appliqué figurativement aux *personnes* qui l'occupent.

Ces magistrats sont : près la Cour de cassation, un procureur général aidé de six avocats généraux ; près de chaque Cour d'appel, un procureur général, des avocats généraux et des substituts du procureur général ; près de chaque tribunal d'arrondissement, un procureur de la République et un ou plusieurs substituts.

Ce que nous disons, que ces magistrats ne font point partie du pouvoir judiciaire, est évident, puisque jamais ils ne sont appelés à rendre la justice aux citoyens.

93 *bis*. « Au sommet des deux grandes branches du pouvoir judiciaire (celle des tribunaux administratifs et celle des tribunaux judiciaires proprement dits), couronnées l'une par la Cour de cassation, l'autre par le Conseil d'État, il existe aujourd'hui un tribunal chargé de trancher les questions de compétence qui s'élèvent entre ces deux branches. Il est composé de cinq conseillers d'État et de cinq conseillers à la Cour de cassation, présidés par le ministre de la justice, et porte le nom de Tribunal des conflits. » (1)

6. — On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

SOMMAIRE.

I. Les lois qui n'intéressent en rien l'ordre public ou les bonnes mœurs, sont susceptibles de dérogation par convention particulière.
II. Contradiction apparente et conciliation de cet art. 6 avec l'art. 1133.

I. — 94. Cet article, en nous disant qu'on ne peut, par convention déroger aux lois dont il parle, nous indique assez qu'on pourra par ce moyen déroger aux autres.

Et, en effet, quand le législateur s'occupe, non plus de l'ordre public et des bonnes mœurs, mais uniquement de l'intérêt privé des personnes ; quand, par exemple, il trace avec détail les règles des contrats les plus fréquents, tels que la vente, le louage, etc., quel est son but ? C'est de consacrer, une fois pour toutes, la volonté présumée des parties, afin de dispenser celles-ci d'entrer à chaque instant dans des explications qui seraient toujours les mêmes. Il est évident, dès lors, que quand ces parties auront formellement manifesté l'intention de s'écarter de ces règles, pour en suivre d'autres, cette intention expresse devra l'emporter sur l'intention présumée qui servait de base aux dispositions de la loi. Ces règles spéciales seront alors la loi des

---

(1) Le Tribunal des conflits, supprimé par la Constitution de 1852, a été rétabli par la loi du 24 mai 1872. — Voy. art. 25 à 28 de cette loi.

parties : car, comme le dit l'art. 1134, *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ;* or, la règle portée tout exprès pour un cas particulier doit faire exception à la règle générale, conformément à la maxime *specialia generalibus derogant.*

Mais, pour qu'elle tienne lieu de loi, il faut que la convention soit légalement formée. Or, elle ne l'est, aux termes de l'art. 1108, que quand l'obligation qu'on y contracte repose sur une cause licite; et la cause n'est licite, d'après l'art. 1133, que quand elle n'est ni contraire à l'ordre public, ni contraire aux bonnes mœurs, *ni prohibée par la loi.*

II. — 95. D'après cet art. 1133, on pourrait croire que notre article est incomplet et qu'il y a non pas seulement deux, mais trois circonstances, qui s'opposent à ce qu'on déroge à une loi par convention particulière; on pourrait croire qu'il y a des lois auxquelles on ne peut pas déroger, parce que le législateur l'a défendu, sans que cependant elles touchent ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Ce serait une erreur. C'est toujours parce qu'une disposition touche, de plus ou moins près, à la morale et au bon ordre, que le législateur défend d'y déroger; ce n'est jamais par caprice, et pour le plaisir d'entraver la liberté des conventions, qu'il défend de stipuler sur telle ou telle matière. Seulement, comme le rapport que le législateur aperçoit entre telle disposition et l'ordre public ou la morale, peut être assez éloigné et peu saillant, il prend quelquefois la peine de dire expressément que cette disposition ne pourra être changée par convention. C'est pour cela que l'art. 1133, qui ne fait que reproduire l'idée de notre article, nous présente, comme causes illicites d'obligation, et celle contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, et celle *prohibée par la loi.*

Mais, nous le répétons, le respect de l'ordre et de la morale est toujours la cause qui fait prohiber telle ou telle stipulation. Par exemple, si, dans l'art. 1130, le législateur défend toute convention sur la succession future d'une personne encore vivante, c'est qu'il voit là un empressement peu décent et que réprouve une saine morale; si, dans l'art. 815, il déclare nulle l'obligation que prendraient des copropriétaires de biens indivis de demeurer indéfiniment dans l'indivision, c'est qu'il voit là un obstacle à la libre circulation et au bon entretien de ces biens, et dès lors préjudice à l'intérêt général. S'il s'est prononcé formellement sur la nullité de pareils contrats, c'est qu'il craignait que tous n'aperçussent pas le rapport qu'il trouvait entre ces points et l'ordre public ou la morale. Il en est de même des art. 1660, 1674, 530, et de beaucoup d'autres.

Au contraire, quand le législateur porte une disposition qui touche à l'ordre public ou aux bonnes mœurs d'une manière claire et facile à saisir; quand il est évident que le point dont il s'agit ne peut pas faire l'objet d'un commerce ni être réglé par la volonté privée des personnes, alors le législateur ne prend pas toujours le soin d'en avertir et d'ajouter qu'on n'y pourra pas déroger; il se contente de la prohibition générale posée dans notre article. Ainsi, quoique la loi ne le dise pas

spécialement, deux époux ne pourraient pas convenir qu'ils ne resteront mariés que pendant un temps déterminé; un père ne pourrait pas souscrire une renonciation à sa puissance paternelle; un homme ne pourrait pas se vendre à un autre homme et se faire son esclave; on ne pourrait pas s'obliger à n'embrasser jamais telle religion, etc.

RÉSUMÉ DU TITRE PRÉLIMINAIRE

Pour résumer ce Titre, nous avons à voir : 1° la Confection, la Promulgation et la Publication de la loi; — 2° ses Effets; — 3° son Application.

§ 1er. — Confection, promulgation et publication de la loi (art. 1er).

I. — La loi est décrétée par l'Assemblée nationale. Une fois adoptée, elle sort du domaine du pouvoir législatif pour tomber dans celui du pouvoir exécutif; mais elle est encore sans force, et il faut, pour être mise à exécution, qu'elle soit *promulguée* et *publiée* (art. 1, n° I).

La *promulgation* est l'attestation donnée au corps social, de l'existence de la loi, et le commandement adressé aux magistrats de l'observer et de la faire observer. Elle consiste, en réalité, dans l'apposition, au bas de la loi, de la formule qui ordonne d'exécuter cette loi; mais elle n'est légalement réputée accomplie que par la remise au ministère de la justice du Bulletin apporté de l'Imprimerie nationale (1). Le chef du pouvoir exécutif est tenu de promulguer les lois d'urgence dans les trois jours de leur adoption, et les autres dans le délai d'un mois (*ibid.* II).

La *publication,* qui n'est rien autre chose que le moyen par lequel la promulgation est mise, ou réputée mise, à la connaissance des citoyens, consiste aujourd'hui dans le délai d'un jour écoulé depuis la promulgation accomplie, plus un jour par chaque fois 10 myriamètres de distance entre la ville où a eu lieu la promulgation (ordinairement Paris) et le chef-lieu de chaque département. On ne doit compter que les dizaines de myriamètre et faire abstraction des unités passant. C'est par l'effet de la publication que la loi devient obligatoire et peut être exécutée. Du reste, cette publication n'est fondée que sur une présomption de connaissance qui s'évanouirait, non pas par toute preuve contraire, mais par la constatation d'un événement de force majeure rendant *impossible* la communication d'un pays avec la ville où la promulgation s'est faite (*ibid.* III) (2).

(1) Voy. *suprà* (n° 28, note 1).
(2) Voy. *ibid.*

Pour ce qui est de l'abrogation d'une loi, il est évident qu'elle ne peut résulter aujourd'hui (soit expressément, soit tacitement et par incompatibilité) que d'une loi postérieure, sans pouvoir jamais découler soit du non-usage de la loi, soit d'un usage contraire. La législation ne pouvant être changée que par la puissance législative, il est palpable que la maxime *Leges per desuetudinem abrogantur* a perdu sa valeur en même temps que la maxime *Consuetudo pro lege custoditur* (*ibid.* V).

II. — En outre des lois proprement dites, il est des actes qui ne portent point ce nom, mais qui sont comme le complément de la loi et en font en quelque sorte partie : nous voulons parler des actes que le chef de l'État ou les agents de l'autorité administrative ou municipale rendent sous le nom d'*ordonnances, règlements, arrêtés*, etc. Ces actes, tant qu'ils sont rendus en conformité de la loi et dans les limites des attributions du fonctionnaire duquel ils émanent, ne sont que des développements et des accessoires de la loi; commandés ou autorisés par la loi même, ils se confondent avec elle et participent à son autorité (*ibid.* IV).

§ 2. — Effets de la loi (art. 2 et 3).

III. — La loi étant une règle de conduite, par conséquent un acte de l'essence duquel il est de commander, de défendre ou de permettre, il s'ensuit qu'elle ne peut obliger que pour l'avenir, et ne saurait avoir d'effet rétroactif. Ce principe, si simple en lui-même, présente cependant d'assez grandes difficultés dans son application; il a été examiné sous cinq rapports différents.

1° *Lois interprétatives.* — L'acte qu'on appelle ordinairement et bien improprement loi interprétative, n'est point une loi; c'est tout simplement l'interprétation, donnée par le législateur, d'une loi faisant difficulté. Or, comme l'interprétation, donnée à un texte, de quelque source qu'elle émane, n'est rien autre chose que ce texte même interprété, il s'ensuit que la prétendue loi interprétative, c'est-à-dire l'interprétation, aura effet pour les actes antérieurs à elle, sans qu'il y ait pour cela rétroactivité, puisque ce n'est pas l'interprétation qu'on appliquera, mais bien la loi qui a reçu cette interprétation; et qui, évidemment, conserve toujours sa même date (art. 2, II).

2° *Les lois réglant la capacité des personnes* changent notre capacité au moment même de leur publication; mais il est clair qu'elles respectent notre capacité antérieure et maintiennent tous les effets qu'elle a produits, puisque ce sont là des faits accomplis (*ibid.* IV).

3° *Pour les lois déterminant la portion disponible des biens*, il faut distinguer entre les dispositions révocables (*Testaments*) et celles irrévocables (*Donations et Institutions contractuelles*). La loi nouvelle s'applique aux premières sans qu'il y ait rétroactivité, parce que ces dispositions n'avaient pas donné un droit certain, mais seulement une espérance, une éventualité que la loi restait maîtresse de modifier ou d'anéantir. Elle est sans effet vis-à-vis des secondes, parce que, dans

celles-ci, tout a été accompli et parfait, dès le moment même de leur confection (*ibid.* V-VII).

4° *Dans le cas de deux lois pénales,* dont la seconde vient prononcer une peine différente de la première, on applique la moins sévère. Si c'est la première, son application n'est que le résultat des principes ordinaires; si c'est la seconde, on l'applique par une rétroactivité fondée sur ce qu'on doit cesser de faire une chose, dès que l'injustice en est reconnue (*ibid.* VII).

5° *Pour la forme des actes, les clauses à y suppléer, les preuves à admettre pour leur constatation,* c'est toujours la première, celle du jour de la confection de l'acte, qu'il faut appliquer; mais *pour les formes à suivre dans l'exécution,* c'est la dernière, celle actuellement en vigueur.

En effet, quant aux trois premiers objets, *la forme employée pour l'acte* est une chose accomplie au moment que la nouvelle loi arrive;... *les clauses à suppléer* doivent s'induire de l'intention des parties: or, cette intention n'a pu se référer à une loi qui n'existait pas encore;... enfin, la faculté d'invoquer *tel genre de preuves* que permettait la loi du jour de la confection, est un droit sur lequel les parties ont dû compter, et réciproquement elles n'ont dû compter que sur les preuves alors permises. Au contraire, *pour les formalités à suivre dans l'exécution,* les parties n'ont jamais droit acquis à leur maintien; ce sur quoi elles peuvent compter, c'est l'exécution de leur contrat, mais non pas le mode par lequel on arrivera à cette exécution.

Enfin, pour les lois réglant la *prescription,* c'est aussi la dernière qu'il faut appliquer à toutes les prescriptions non encore accomplies lors de sa promulgation. En effet, la prescription, empruntée au droit naturel par le législateur civil comme une des bases indispensables de toute organisation sociale, est donc, au plus haut degré, une institution d'ordre public, et ce législateur est, dès lors, le maître, à chaque instant, d'adopter pour l'avenir, et à partir de cet instant même, le système qu'il croit le plus utile à la société. Par conséquent, celui, au profit duquel court la prescription, n'a jamais qu'une espérance, et non un droit acquis, de prescrire par tel délai et sous telles conditions; en sorte que la loi peut changer ces conditions, allonger ce délai, ou même rendre la prescription impossible. Réciproquement, celui contre qui marche la prescription ne pouvant pas avoir le droit immuable, soit de conserver toujours comme imprescriptible la chose qui est telle aujourd'hui, soit de ne voir la prescription s'accomplir que par telles conditions, la loi peut déclarer prescriptible aujourd'hui ce qui ne l'était pas hier, ou fixer pour telle prescription un délai plus court et des moyens plus faciles que les précédents, pourvu, bien entendu, que ces effets ne commencent qu'à partir de la promulgation de la loi nouvelle (*ibid.* IX-XIII).

Une remarque importante sur la rétroactivité des lois, c'est que si elle est impossible en logique, elle est, au contraire, très-possible en fait et se présente effectivement quelquefois. Sans doute alors, il y a

contradiction aux vrais principes du droit; mais l'organisation sociale, l'ordre politique, ne comportant pas d'autorité supérieure à celle de la loi, il y a force majeure d'accepter toujours ses dispositions, si mauvaises qu'elles puissent être sous ce rapport comme sous tout autre (*ibid.* XIV).

IV. — En outre des divisions déjà indiquées dans l'introduction, les lois (qui toutes sont *personnelles,* en ce sens que toutes s'adressent aux personnes et sont faites dans l'intérêt des personnes) se divisent en *personnelles* et *réelles,* selon qu'elles ont pour objet principal de régler les personnes ou les choses.

Les lois personnelles se subdivisent en 1° *lois de police,* qui ont pour objet le bon ordre et la tranquillité publique. Elles n'obligent que les personnes qui se trouvent actuellement sur le territoire français, mais elles les obligent toutes (excepté les agents diplomatiques des puissances); 2° *lois personnelles* proprement dites, qui s'adressent aux Français seulement pour régler leur état et leur capacité.

La nature différente et les effets, différents aussi par conséquent, des lois réelles et des lois personnelles, peuvent étonner au premier coup d'œil; ils sont cependant très-logiques.

En effet, le souverain ayant puissance sur le territoire qui forme son empire, comme sur les personnes qui composent son peuple, il faut bien reconnaître des *choses françaises,* comme on reconnaît des personnes françaises, et dire que le souverain a le droit de porter des commandements ou des prohibitions pour les unes comme pour les autres. On peut donc exprimer les résultats de ces deux espèces de lois, en disant : *Les personnes françaises, d'après telle loi à elles adressée, peuvent ou ne peuvent pas...* (absolument, et en quelque lieu qu'elles soient); puis, *les choses françaises, d'après telle loi portée pour elles, peuvent ou ne peuvent pas...* (absolument, et quels que soient leurs propriétaires). En sorte que les lois réelles s'appliqueront à tous les biens de France, même à ceux appartenant à des étrangers, et les lois personnelles à toutes les personnes françaises, même résidant ou domiciliées en pays étranger (tant, bien entendu, qu'elles continueront d'être Françaises).

Il est fort important, on le voit, mais il n'est pas toujours facile, d'arriver à distinguer les lois réelles des lois personnelles. Il faudra, pour cela, examiner, abstraction faite de la rédaction que la loi présente, quel a été le but définitif, le résultat dernier qu'a voulu atteindre le législateur, et voir si c'est le bien qu'il a eu principalement en vue, ne parlant de la personne qu'accidentellement et à propos de ce bien; ou si c'est de la personne elle-même qu'il entendait particulièrement s'occuper. Une règle assez simple, et qui sera d'une fréquente application, c'est de voir si la prohibition portée contre une personne, par exemple, celle de transmettre ou de recevoir, ne serait pas la conséquence et l'application à un cas particulier d'une incapacité générale de cette personne. S'il en est ainsi, c'est un statut personnel; dans le cas contraire, il y a statut réel.

Le principe que la loi réelle française régit les choses françaises, alors même qu'elles appartiennent à des étrangers, doit s'appliquer aux meubles aussi bien qu'aux immeubles, tant que ces meubles se trouvent en France.

Mais la règle qui impose absolument la loi personnelle ou réelle française aux personnes et aux biens de France, reçoit exception, lorsqu'il s'agit de la forme des actes. Dans ce cas, quoique l'acte (et par conséquent le texte légal qui en détermine la forme) soit relatif à des personnes ou à des choses françaises, on y appliquera cependant la loi du pays où l'acte est passé. On a toujours proclamé, comme un résultat de la force même des choses, et notre Code consacre aussi cette maxime : *Locus regit actum* (art. 3).

§ 3. — Application de la loi (art. 4, 5 et 6).

V. — Le législateur pose ici trois règles importantes.

1° La loi ne pouvant pas tout prévoir ni s'expliquer toujours assez clairement, et la justice, néanmoins, devant toujours être rendue, il est enjoint aux juges de toujours prononcer, en se décidant, en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, d'après les lumières de leur raison et les principes de l'équité. Cette injonction, qui n'est du reste d'aucune application en matière pénale, contient implicitement la consécration de tous les préceptes du droit naturel (art. 4).

2° Le pouvoir judiciaire devant être complétement séparé du pouvoir législatif, il est défendu aux juges de s'immiscer dans les fonctions du législateur en prononçant par voie de disposition générale et réglementaire. Il suit de là que les interprétations que les juges donnent de la loi, et les décisions qu'ils rendent sur les affaires à eux soumises, ne sont jamais obligatoires que quant à l'affaire dont il s'agit, et pour ou contre les parties qui ont figuré au procès, soit par elles-mêmes, soit par des personnes qu'elles représentent.

Le jugement, en effet, ne s'applique jamais qu'à tel fait déterminé; la force judiciaire diffère de la force législative, d'abord en ce qu'elle ne régit que le passé, ensuite en ce qu'elle a pour caractère la spécialité, l'individualité. Si les tribunaux procèdent souvent par des propositions générales, par des principes et des considérations qui n'ont rien de particulier, ce n'est que dans les *motifs* du jugement qu'ils vont rendre et pour descendre de là au fait précis qu'ils règlent dans le *dispositif*, qui seul constitue ce jugement (art. 2, II, et art. 5, II).

N. B. — Ni la Cour de cassation ni le ministère public ne font, à proprement parler, partie de la puissance judiciaire. Le dernier rentre dans le pouvoir exécutif; la première est une commission d'interprétation des lois (art. 5, V).

3° Enfin, une loi générale devant cesser de s'appliquer dans les cas particuliers prévus par une loi spéciale, et les conventions légalement formées tenant lieu de loi à ceux qui les font, le Code reconnaît que

ces conventions pourront toujours déroger aux lois ordinaires, lorsque ces lois ont uniquement pour objet l'intérêt purement privé des personnes. Mais, quand il s'agit de lois qui intéressent, de près ou de loin, l'ordre public ou les bonnes mœurs, aucune dérogation n'y est possible, sans qu'on ait besoin de rechercher si le législateur a pris ou non la peine de défendre expressément cette dérogation (art. 6).

LIVRE PREMIER

DES PERSONNES

SOMMAIRE.

I. Division du Code en trois livres traitant chacun d'un objet spécial : les Personnes, les Choses, les Rapports des personnes avec les choses.
II. Sens du mot *personne* dans notre droit français. — Notions sur le droit romain. — Erreur de Toullier.

I. — 96. Le Code civil, ainsi que nous l'avons déjà dit, a été divisé en trois livres.

Le livre Ier s'occupe principalement des Personnes, des états divers dans lesquels elles peuvent se trouver, et de la capacité qui en résulte pour elles.

Le livre II traite des Choses ou Biens, de leurs espèces diverses, et des Droits que les personnes peuvent avoir sur ces biens.

Il ne faudrait pas croire pour cela que le livre Ier ne contient que des lois personnelles, et le livre II des lois réelles seulement. Sans doute, on trouvera dans le livre Ier plus de statuts personnels que de statuts réels, et réciproquement ; mais, comme il n'est pas possible de traiter l'un de ces deux objets du droit en faisant abstraction complète de l'autre, on rencontrera nécessairement quelques lois réelles dans le premier livre, comme on en trouvera de personnelles dans le second.

Dans le livre III, le législateur, après avoir parlé des personnes et des biens, explique les différents moyens par lesquels les premières peuvent être mises en rapport avec ces derniers ; c'est-à-dire qu'il établit les diverses manières d'acquérir les différents droits qu'on peut avoir sur les biens.

Ainsi : les Personnes, les Choses, les Rapports des personnes avec les choses.

II. — 97. Maintenant, et avant d'entrer dans l'explication de ce livre, recherchons ce que signifie, dans notre Code, le mot *personne*, sur le sens duquel tout le monde n'est pas d'accord.

Par *personne* on entend ordinairement *un homme, un individu;* et, selon nous, c'est là aussi le sens que lui a donné notre législateur. Au contraire, suivant Toullier (I, 168), le mot *personne* aurait en droit un sens tout différent; il signifierait, non pas l'individu lui-même, mais bien le rôle que cet individu joue dans la société, à raison des différentes qualités civiles dont il jouit. Je m'explique :

La capacité d'un individu, ses droits et ses obligations doivent varier, on le conçoit, selon qu'il sera pubère ou impubère (c'est-à-dire en âge de se marier ou non), mineur ou majeur, célibataire ou marié, qu'il aura encore ou n'aura plus d'ascendants, etc.; or, l'ensemble de ces diverses qualités constitue son état au milieu de la société, son *état civil*. Eh bien! c'est le résultat de cet état que désignerait, selon Toullier, le mot *personne,* lequel se trouverait ainsi à peu près synonyme de *personnage,* et serait la traduction du *persona* des Latins.

Cette théorie, vraie en droit romain, n'a certainement point passé dans notre droit français.

Rappelons ici quel cachet tout particulier, quelle singulière physionomie présentait la législation romaine.

A Rome, l'état civil, la parenté et la famille civiles, la puissance paternelle, etc., étaient organisés avec une bien autre force que chez nous; le droit avait véritablement créé une seconde nature, une nature juridique, à côté de la vraie nature de l'homme. La personne civile n'était point la personne naturelle, la parenté et la famille civiles n'étaient point la parenté et la famille naturelles, le mariage du droit civil n'était point le mariage du droit naturel (bien que ce dernier fût aussi reconnu par la loi). Il y avait véritablement deux espèces de personnes, l'homme selon la nature et l'homme selon le droit, comme il y avait deux espèces de mariages, deux espèces de familles et de parenté.

Il n'est pas inutile de donner là-dessus des notions qui fassent bien saisir quelques idées capitales de cette législation vraiment étrange.

98. Chez nous, comme on le verra, les effets de la puissance paternelle sont tout simplement : 1° de donner à celui qui l'exerce l'administration de la personne de l'enfant et de ses biens, s'il en a, jusqu'à sa majorité ou son émancipation; 2° de lui attribuer l'usufruit de ces biens jusqu'à ce que l'enfant soit émancipé, ou ait accompli sa dix-huitième année. Après la majorité ou l'émancipation, la puissance paternelle n'a plus guère qu'une existence nominale, excepté quant au mariage de l'enfant qui ne peut le contracter qu'en obtenant le consentement ou en demandant le conseil de ses ascendants. Du reste, le fils de famille, en se mariant, devient, lui aussi, père de famille, et, quoique toujours soumis à la puissance paternelle, affaiblie comme on vient de le dire, il exercera lui-même cette puissance, dans son entier, sur les enfants qui naîtront de ce mariage.

A Rome, c'est tout autre chose. Dans chaque maison, un seul homme est *pater-familias,* maître de la *familia;* et la *familia*, qu'on le remarque bien, c'est l'ensemble de toutes les personnes et de tous les biens composant la maison. L'argent, les terres, les troupeaux, les

maisons, les esclaves, les enfants sont autant de choses formant la *famille*, c'est-à-dire une unité juridique, un patrimoine légal, dont la propriété intégrale et indivisible appartient au chef, nécessairement unique, à celui qui seul est *capax dominii,* susceptible d'être propriétaire, qui se trouve dans les conditions voulues pour s'appartenir à lui-même, *sui juris,* et avoir, par suite, des choses qui lui appartiennent. C'est ainsi que la loi des Douze Tables dit qu'à la mort du chef d'une *famille,* son plus proche parent recueillera cette *famille, proxumus adgnatus familiam habeto.* Le mot *pater-familias,* que ne rend nullement chez nous l'expression décolorée de *père de famille,* signifie donc exactement le propriétaire, mais encore, avec un sens plus large et plus sévère que chez nous : c'est celui *qui in domo dominium habet,* sur la tête duquel repose toute propriété, toute puissance, toute autorité, toute maîtrise, en un mot toute *propriété;* car, pour le Romain, toutes les idées de supériorité se résument en celle-ci. Tout autre que l'homme *sui juris,* que le *pater-familias*, est incapable de propriété, c'est-à-dire d'une supériorité ou puissance quelconque sur quoi que ce soit; car, rien ne peut appartenir à celui qui ne s'appartient pas à lui-même, qui est *alieni juris;* donc, les enfants qui naissent des *filii-familias,* comme ceux qui naissent des *servi,* appartiennent tous au *pater-familias,* aussi bien que toutes les choses que ces fils ou ces esclaves peuvent acquérir, et qui arrivent par eux au propriétaire unique de la *familia.*

Cette puissance, cette propriété, si énergique et si absolue, du *pater-familias,* ne doit ni cesser ni se relâcher à aucune époque que ce soit, par aucun événement que ce soit, elle ne s'éteint qu'à la mort du chef, à moins que celui-ci ne la brise volontairement, en vendant les personnes ou les choses qui en font l'objet. Nous disons *en vendant,* car, ainsi qu'on l'a dit, les divers caractères de cette autorité se résumant dans l'idée de propriété, c'est toujours, quant à la théorie juridique, par une vente que cette autorité se résout, alors même qu'il s'agit ou de faire entrer un fils dans la famille d'un autre chef, ou de le rendre lui-même chef de famille, *sui juris;* l'émancipation comme l'adoption se font *per imaginarias venditiones.* Quels que soient donc l'âge d'un fils de famille et sa position dans la société, il reste toujours *alieni juris,* incapable de propriété, de maîtrise, ni sur lui-même ni sur quelque chose que ce puisse être, soumis absolument à la toute-puissance de son *pater-familias.*

Pour ne plus parler que de ce qui touche les enfants, la *familia,* cette famille légale, juridique, ne se forme que de mâle en mâle. Le *pater-familias* a dans sa famille et sous sa puissance tous ses enfants, fils ou filles, puis tous les enfants de ses fils, tous les enfants des fils de ses fils, et ainsi de suite. Quant aux enfants de ses filles, ils ne sont ni dans sa *familia,* ni par conséquent sous sa puissance; ils sont dans la famille de leur père ou de l'ascendant à qui ce père est soumis lui-même. Ainsi, un individu peut avoir des enfants et des petits-enfants, et n'être pas cependant *pater-familias;* réciproquement, un en-

fant peut être *père de famille* en naissant : il suffit pour cela que ses ascendants soient morts. En un mot, le *pater-familias* est celui qui est *sui juris*, qui a maîtrise et autorité, *droit de propriété* enfin, quand même rien ne serait actuellement soumis à ce droit, et que sa *familia* se composerait de lui seul.

Puisque la fille, comme le fils, est dans la famille de son père et y reste à toujours, après comme avant son mariage; et puisque, d'un autre côté, les enfants qui naissent d'elle se trouvent dans la famille de son mari, leur père, il s'ensuit que l'enfant n'est jamais de la même famille que sa mère. Entre eux il n'y a point de parenté civile; ils sont parents selon la nature, *cognati*, mais non pas parents selon la loi, *adgnati*. Aussi, l'enfant n'hérite-t-il jamais de sa mère.

La loi, cependant, offre un moyen de faire entrer la femme, par exception aux principes, dans la famille et sous la puissance de son mari, *in manu mariti*, et de la rendre ainsi parente de ses enfants. Ce moyen produit le même effet qu'une adoption faite de la femme par le mari; la femme devient la fille de son époux, et se trouve, par conséquent, la sœur des enfants à qui elle donne le jour et qui, sans cela, lui resteraient étrangers. Cette puissance du mari sur sa femme, cette *propriété* (car le génie romain nous ramène toujours à cette idée) s'acquiert d'ordinaire ou *coemptione*, par l'achat que le mari fait de sa femme au *pater-familias* de celle-ci; ou *usu*, par une prescription qui s'accomplit sur elle, comme sur toutes les choses mobilières, par un an de possession, conformément aux principes de l'*Usucapio*, (de *usucapere*, acquérir par l'usage). Il y avait un troisième et dernier mode, plus noble que les deux autres, la *Confarreatio*, cérémonie sacrée où figurait un petit gâteau (*farreum*), et dans laquelle la puissance du mari se produisait par l'intervention des dieux; mais ce mode n'était employé que par les familles patriciennes (1).

On voit, par ce qui précède, combien est vraie cette parole du jurisconsulte romain Gaïus (Comment. 1, § 55) : *Ferè nulli alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.* Il aurait certes bien pu supprimer la restriction *ferè*.

99. Nous avons en France, du reste, quelque chose qui reproduit une image parfaite de l'*adgnatio* ou parenté civile des Romains : c'est la transmission du nom. Un père donne son nom à tous ses enfants fils et filles, à tous les enfants de ses fils, et ainsi de mâle en mâle, mais jamais aux enfants de ses filles. La loi romaine dit des enfants : *Patris, non matris familiam sequuntur;* nous pourrions dire, nous :

---

(1) Il y aurait de belles observations philosophiques à faire sur tout ceci; il y aurait de graves et précieux enseignements à tirer du rapprochement de la législation romaine avec notre législation française, du droit païen avec le droit chrétien. Aussi, notre intention avait été d'abord de donner, en tête de ce premier volume de notre ouvrage, un *Aperçu historique et philosophique sur les progrès du droit depuis la fondation de Rome jusqu'à nos jours.* Mais les quelques pages que nous avons écrites à ce sujet nous ont paru mieux placées dans nos *Etudes de science religieuse.* On peut les lire dans la Préface historique et philosophique placée en tête du volume.

Patris, non matris nomen sequuntur. Tous ceux des membres d'une famille qui chez nous portent le même nom, sont à Rome des agnats, des parents civils.

Pour qu'un enfant soit dans la famille, et, par là, sous la puissance de son père, il faut, à Rome, ou 1° qu'il ait été conçu *in justis nuptiis*, ou 2° qu'il ait été adopté.

1° On appelle *nuptiæ* ou *matrimonium* le mariage contracté selon les règles particulières du droit civil. Il existe une seconde espèce de mariage appelée *concubinatus*, union licite, mariage véritable qu'il ne faut pas confondre, dès lors, avec ce qu'on nomme chez nous concubinage (le *stuprum* des Romains), mais qui, n'étant point accompagné des conditions voulues par la loi, ne rattache point l'enfant à son père, en sorte qu'il n'y a point de parenté civile entre eux.

2° L'adoption, dont on distingue deux espèces (l'*adoption* proprement dite et l'*adrogation*), est l'acte par lequel je fais entrer, dans ma famille et sous ma puissance, un enfant qui m'était étranger. Il y a adoption proprement dite quand, pour entrer sous ma puissance, l'enfant sort de la puissance d'un autre; il y a adrogation quand j'adopte un individu *sui juris*, père de famille.

100. Voyons maintenant comment se constitue l'état civil.

A Rome, les qualités de père ou de fils de famille, de pubère ou d'impubère, de célibataire ou de marié, sont indifférentes et ne se prennent point en considération pour fixer l'état civil de l'individu. Ce ne sont là que des qualités secondaires, trop peu importantes pour qu'on y ait égard dans une législation où tout est si fortement organisé.

L'état civil ne se forme que de trois éléments : la liberté, la cité, la famille : *tria sunt quæ habemus*, dit le jurisconsulte Paul, *libertatem, civitatem, familiam* (l. 11. *Dig. de capite minutis*). La perte d'un de ces trois éléments entraîne perte ou changement de l'état civil.

Perte ou *changement*, car quelquefois l'état antérieur n'est perdu que pour être remplacé par un autre, quelquefois, au contraire, il l'est absolument. La classe des hommes libres étant une, et la classe des citoyens une également, celui qui perd la liberté ou le droit de cité se trouve dépouillé définitivement d'un des éléments du *status;* au contraire, le nombre des familles étant illimité, on ne sort jamais de l'une que pour entrer dans une autre, et ce, quand même on serait seul de cette famille nouvelle. Lors donc qu'on ne perd que le droit de famille, il n'y a pas perte, mais simple changement de l'état civil; aussi, dit-on : *familia mutatur*, et, au contraire, *libertas amittitur, civitas amittitur* (Paul, 11. *D. de cap. min.; Ulp. reg.* t. II, 13). Celui qui perd la liberté ou la cité est rayé de la liste des citoyens; celui qui sort de sa famille est toujours inscrit sur cette liste, seulement c'est à une autre place, comme appartenant à une famille nouvelle.

La perte d'un des trois éléments, qui constituent la famille, se nomme *capitis deminutio*, diminution de tête. En effet, quand elle a lieu, la classe des hommes libres, ou celle des citoyens ou enfin la famille

compte une tête, un membre de moins. Par inversion, on applique à l'individu la diminution subie par la société dont il cesse de faire partie, et c'est lui qu'on dit *capite minutus*.

L'état civil se constituant de trois éléments, il y a trois déchéances d'état, trois diminutions de tête. La perte de la liberté entraîne celle de la cité et de la famille, c'est alors la grande diminution de tête, *maxima capitis deminutio;* la perte de la cité laisse la liberté, mais enlève le droit de famille : c'est *media capitis deminutio,* enfin la petite diminution de tête, *minima,* se réalise quand il y a seulement changement de famille.

Ainsi donc, la *personne,* naturellement parlant, c'est l'individu même ; mais civilement parlant et en droit, c'est le *rôle* que joue cet individu, l'*état* qu'il occupe. Lors donc que cet individu subit une diminution de tête, on voit bien toujours en lui le *même homme,* mais le droit civil n'y voit plus la *même personne.*

C'est ainsi que les obligations civiles qui existaient contre lui, avant la diminution de tête, se trouvent éteintes, les obligations purement naturelles continuant seules d'exister ; Gaïus dit : « Eas obligationes « quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, palam est capitis » deminutione non perire ; quia civilis ratio naturalia jura corrumpere » non potest » (L. 8, *De cap. min.*). — C'est ainsi que l'usufruit, qui est une servitude personnelle, c'est-à-dire établie seulement au profit de la personne, et qui doit, par conséquent, s'éteindre quand la personne cesse d'exister, s'éteint en effet par toute diminution de tête : *amittitur ususfructus capitis deminutione* (Paul, lib. 3, t. VI, § 28). — C'est ainsi encore qu'un testament ne pouvant pas avoir d'effet à la mort d'une personne, lorsque ce n'est pas cette personne qui l'a fait, tout testament se trouve annulé par chacune des trois diminutions de tête : *Testamenta jure facta infirmantur, cùm is qui fecerit testamentum capite deminitus sit* (Gaïus, Comm. 2, § 143).

101. Maintenant, ces théories ont-elles passé dans notre législation? Évidemment non. De toutes ces dispositions de la loi romaine, pas une n'est acceptée par notre droit français, tout simple, tout conforme à la nature. Il n'y a point, chez nous, deux espèces de personnes, pas plus qu'il n'y a deux espèces de mariages, deux espèces de parentés, deux espèces de familles. Pour nous, la *personne,* c'est l'*homme,* et quand un changement d'état a lieu, la personne reste toujours la même ; c'est seulement sa capacité qui est modifiée.

S'il en était autrement, s'il fallait dire, chez nous aussi, que la *personne* n'est pas l'individu, mais bien le *rôle,* le *personnage* que joue cet individu d'après son état civil, et que dès lors, toutes les fois qu'un événement apporte un changement à sa condition légale, à son état civil, et produit ainsi un rôle nouveau, cet événement opère *changement de personne;* s'il fallait admettre un pareil principe, on arriverait à une théorie beaucoup plus extraordinaire encore, beaucoup plus étrange que celle de la loi romaine... Chez nous, en effet, ce n'est pas seulement par trois éléments que se constitue l'état civil de chacun, il

se compose d'une foule de qualités. Il y a, pour l'individu, changement d'état quand il devient pubère, d'impubère qu'il était, quand de mineur il devient majeur, quand il se trouve libéré de la puissance paternelle, quand il se marie, etc. Il faudrait donc dire que, dans tous ces cas, ce n'est plus la *même personne* qui subsiste, et que, par conséquent, l'usufruit qui appartenait à cette personne, est éteint, que son testament sera nul, etc. !

Et qu'on ne croie pas voir dans la *mort civile*, organisée par notre Code dans les art. 22 à 33, la consécration, pour un cas particulier, de cette distinction absolue à Rome, entre la *personne* et l'*homme*, entre l'individu juridique et l'individu naturel.

La mort civile, institution aussi monstrueuse en morale qu'en logique, et dont la suppression, demandée déjà en 1832, a été de nouveau, depuis 1848, l'objet d'une proposition à l'*Assemblée nationale* (1), n'a rien de commun avec les diminutions de tête ou *changements de personne* des Romains. A Rome, après une diminution de tête, la loi ne voit plus le même individu juridique, mais elle voit toujours le même individu naturel; ce n'est plus la même personne, mais c'est toujours le même homme; dans la grande, c'est le même homme devenu esclave, de libre qu'il était; dans la moyenne, c'est le même homme devenu étranger, de citoyen qu'il était; dans la petite, c'est le même homme appartenant à une famille différente. Chez nous, la mort civile n'éteint pas la personne pour laisser subsister l'homme; la mort civile est, comme son nom l'indique, une fiction opérant (autant que le permet la force des choses, car il a bien fallu rester dans les limites du possible) le décès légal, juridique, de l'*homme* lui-même; après la mort civile, la loi ne voit pas le même homme devenu esclave (car on ne connaît pas l'esclavage chez nous), elle ne voit pas le même homme devenu étranger (car le mort civilement ne jouit pas même des droits accordés aux étrangers), elle ne voit plus d'*homme*, elle ne voit plus rien; il n'y a plus, à ses yeux, qu'un cadavre, un mort. (Voir l'explication de l'art. 33, n° I.)

Non, il n'y a point chez nous de changement d'état qui puisse éteindre soit un droit, soit une obligation; ainsi, les servitudes personnelles, c'est-à-dire attachées et appartenant aux personnes, l'*usufruit*, l'*usage*, l'*habitation* ne s'éteignent, aux termes des art. 617 et 625, que par la mort, soit naturelle, soit civile; parce que c'est seulement par la mort que la *personne* cesse d'exister, attendu que la *personne*, pour notre loi française, c'est l'*individu* même, c'est l'*homme*... Aussi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que l'esclave lui-même, qui n'était à Rome qu'une chose, *res*, constituait chez nous une personne légale (2).

La subtile distinction entre l'homme et la personne ne doit donc pas

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 (voy. ci-après sous l'article 22).

(2) Cass. d'un arrêt de la Martinique, 8 fév. 1839 (Dev., 39, 1, 612). Du reste, l'esclavage a enfin disparu de nos colonies, grâce à la révolution de 1848 (Const., art. 6).

plus se prendre à la lettre chez nous que ces *Pères de famille,* sans famille ni paternité, dont parlent les art. 450, 601, 692, etc.; que ces *Institutions d'héritiers,* où l'on ne fait pas d'héritier (1002); que ces *Exceptions*, où il n'y a rien à excepter (1360, 1361); que ces *Prescriptions* (*præ-scripta verba, præ-scriptio*), où ne figure aucune écriture (2219); que toutes ces expressions romaines, dont la plupart étaient déjà vides de sens, il y a treize cents ans, dans la législation justinienne, et que la puissance de la routine a seule conservées jusqu'à nous (1).

Qu'on se garde donc bien d'aller ainsi chercher à vingt siècles en arrière, pour les implanter dans notre législation, des idées, des théories, plus ou moins bizarres, plus ou moins éloignées de la nature, et qui sont en contradiction flagrante avec notre droit actuel. Sans doute, il faut étudier le droit romain et s'en nourrir; parce que c'est lui qui a engendré notre droit civil, lequel, quoi qu'on en dise, restera toujours une énigme pour ceux qui l'étudieraient seul. Sans doute, il faut étudier le droit romain et s'en nourrir; parce que c'est là le droit modèle, et que la méditation de cette œuvre admirable des Prudents peut seule inculquer les principes juridiques et former le jurisconsulte, comme l'étude des toiles et des statues des grands maîtres peut seule donner l'intelligence des règles de l'art et faire éclore le génie de l'artiste. Mais ce respect du droit romain, il ne doit pas être aveugle; cette influence, qu'il est nécessaire d'avoir subie, il ne faut pas se laisser maîtriser par elle jusqu'à l'absurde; il faut étudier le droit romain, non pas pour en reproduire une copie et reculer jusqu'à lui; mais pour lui demander une méthode qui nous dirige en avant dans les voies nouvelles que nous ouvre la codification de 1804.

TITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

(Décrété le 8 mars 1803. — Promulgué le 18.)

102. Ce titre est divisé en deux chapitres.

Dans le chapitre Ier, *De la jouissance des droits civils,* nous verrons :

---

(1) C'est ainsi encore que nous conservons aux quatre derniers mois de l'année les noms de *septembre, octobre, novembre* et *décembre*, c'est-à-dire *septième, huitième, neuvième* et *dixième*, quoiqu'ils soient les neuvième, dixième, onzième et douzième. C'est ainsi que, malgré la présence du Christianisme, nous avons encore les jours de la semaine (comme les mois de l'année) sous le nom et l'invocation des dieux païens (*Lunæ-dies, Martis-dies, Mercurii-dies, Jovis-dies, Veneris-dies*) avec cette particularité que le jour le plus saint de l'année pour nous, le jour anniversaire de la mort de l'Homme-Dieu, se trouve précisément sous l'invocation de la déesse de l'impudicité : nous célébrons pieusement entre tous le VENDREDI SAINT, *sanctum Veneris diem, le* SAINT *jour de* VÉNUS!... Et c'est pour revenir à ceci qu'on a rejeté, en 1806, les dénominations si parfaitement convenables et rationnelles de notre calendrier républicain!... Quelle grande et puissante chose que la routine!

— 1° que cette jouissance est attachée à la qualité de Français, à propos de quoi l'on dira comment on est *Français* et comment on est *citoyen français;* — 2° sous quelles conditions cette jouissance est accordée aux étrangers.

Dans le chapitre II, *De la privation des droits civils*, le législateur nous dira que le Français peut être privé des droits civils de deux manières : 1° par la perte de sa qualité de Français, laquelle peut se réaliser par cinq causes différentes ; 2° par l'effet de condamnations judiciaires.

CHAPITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

7. — L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.

I. — 103. On appelle *droits civils* les facultés qui s'exercent dans les rapports des personnes privées entre elles, et que confère la loi civile, le *droit privé,* ainsi qu'il a été défini au numéro XI de l'introduction. Telles sont les facultés de succéder, de disposer ou de recevoir par donation ou par testament, de contracter mariage et d'en réclamer les bénéfices, d'adopter ou d'être adopté et de recueillir les avantages de l'adoption, etc., etc.

Il ne faut pas confondre cette classe de droits avec les droits *civiques* ou *politiques,* lesquels découlent du *Droit public,* et qui sont la part attribuée aux divers membres de la société dans l'exercice de la puissance publique. Tels sont les droits d'être juré, électeur, représentant ; (*de faire partie de la garde nationale*), etc.

L'exercice des droits civils, nous dit notre article, est indépendant de la qualité de *citoyen;* il suffit, pour l'avoir, d'être *Français,* comme va le dire l'article suivant. C'est pour les droits civiques seulement qu'il faut avoir aussi le titre de citoyen.

II. — 104. Ce titre de citoyen, d'après notre texte, s'acquiert et se conserve conformément aux règles établies par la loi constitutionnelle. La loi à laquelle l'article faisait allusion était la Constitution du 22 frimaire an VIII. Elle a été remplacée par la Charte de 1814, laquelle l'a été par celle de 1830, qui a fait place à son tour à la Constitution de 1848 (1), sans qu'aucune des trois se soit occupée de régler, comme le faisait la première, les conditions requises pour être citoyen. On ne tient plus aujourd'hui, dans chaque arrondissement, comme le voulait l'art. 2 de cette Constitution, un registre sur lequel puissent se faire inscrire les Français majeurs pour arriver au titre de citoyens. Nous

(1) Laquelle a fait place à celle du 14 janv. 1852, abolie à la suite de la chute du second Empire.

verrons sous l'art. 12, nos IV et V, que la conclusion à tirer de cette absence de conditions déterminées est celle-ci : qu'on est aujourd'hui citoyen, par cela seul qu'on est Français d'origine, mâle et majeur.

8. — Tout Français jouira des droits civils.

SOMMAIRE.

I. Différence entre la jouissance et l'exercice d'un droit.
II. On est Français ou par la naissance ou par un bienfait postérieur de la loi. — Quand l'est-on par la naissance ? — En mariage, l'enfant suit la condition du père ; hors mariage, il la suit encore, si le père l'a reconnu ; il suit celle de la mère, si elle l'a reconnu seule. — A défaut de mariage et de reconnaissance, l'enfant appartient au pays où il naît.
III. Quand l'enfant doit suivre la condition du père, c'est celle du moment de la conception ; s'il doit suivre celle de la mère, on prend le moment de la grossesse le plus avantageux pour l'enfant.
IV. L'attribution de la qualité de Français par le bienfait de la loi se réalise de cinq manières.

I. — 105. La seule condition requise pour avoir la jouissance des droits civils, c'est, comme on le voit par notre article, d'être Français (pourvu, bien entendu, qu'on n'ait pas été privé de cette jouissance par l'effet d'une condamnation).

Mais il faut distinguer la *jouissance* des droits civils, de l'*exercice* de ces droits; la jouissance des droits civils en est, pour ainsi dire, la propriété, l'exercice en est l'usage. Or, il est possible qu'un droit nous appartienne, et que cependant il ne nous soit pas permis d'en user quant à présent; aussi, est-il beaucoup de Français qui n'ont pas l'exercice des droits civils, bien que, par leur seule qualité, ils en aient la jouissance. Ainsi, le mineur et la femme mariée jouissent de tous leurs droits civils, mais ils ne les exercent pas; l'exercice de la plupart de ces droits est confié pour le mineur, au tuteur, pour la femme, au mari. Nous disons *de la plupart* et non pas de tous; car il en est qui ne peuvent être exercés que par la personne elle-même : par exemple, le mari ne pourrait pas faire le testament de sa femme, et il est clair que le tuteur ne pourrait pas contracter mariage pour son mineur.

106. Ceux à qui la loi refuse l'exercice des droits dont ils jouissent, reçoivent le nom générique d'*incapables*. Les principales dispositions relatives aux incapables se trouvent dans les art. 215 et suiv., au titre du Mariage, pour la femme mariée; 388, 389, 430, 481, au titre de la Tutelle, et 1305, pour le mineur; 489, 509, pour l'interdit judiciaire; 29 du Code pénal pour l'interdit légal; 1124 et 1125, au titre des Obligations, pour tous. C'est l'explication successive de ces différents textes qui fera comprendre la théorie des incapacités.

II. — 107. Ainsi l'on a, sinon l'exercice, du moins la jouissance des droits civils, par cela seul qu'on est Français. Mais comment est-on Français? Le Code ne répond pas complétement, catégoriquement, à cette question.

On est Français, ou par la naissance même, ou par un événement postérieur, auquel cet avantage a été attaché par la loi.

Pour déterminer quand l'enfant est Français par sa naissance même, il faut distinguer trois cas, selon qu'il s'agit ou 1° d'un enfant légitime; ou 2° d'un enfant naturel reconnu par ses père et mère, ou par l'un d'eux; ou 3° d'un enfant naturel non reconnu.

1° Est Français par sa naissance, l'enfant légitime né d'un père français, soit en France, soit en pays étranger, quelle que soit la condition de la mère; que si le père était étranger, l'enfant légitime serait étranger, quand même la mère serait Française. La raison de ces deux décisions est que, par l'effet du mariage, l'enfant suit toujours la condition de son père.

2° Que s'il n'y a pas mariage, et que, dès lors, il s'agisse d'un enfant naturel, né en France ou à l'étranger, peu importe encore, il faut voir si cet enfant a été ou non régulièrement reconnu. S'il l'a été, la reconnaissance faite d'après les règles voulues établissant encore un rapport légal entre l'enfant et celui qui le reconnaît, comme le prouve l'art. 756, au titre des Successions, l'enfant suivra la condition de celui de ses deux auteurs qui l'aura reconnu, et, s'il l'avait été par tous deux, la condition du père, quoi que disent M. Duranton (I, 124) et M. Coin-Delisle (art. 10, n° 11), puisque, cet enfant se rattachant alors et au père et à la mère, l'effet est donc le même, sous ce rapport, que s'il y avait mariage (1).

3° Mais s'il n'y a eu reconnaissance ni du père ni de la mère, l'enfant ne se rattachant alors à personne, il n'y a donc plus lieu de déterminer sa condition d'après celle de ses auteurs, qui, légalement parlant, sont inconnus.

108. Nous disons qu'en l'absence d'une reconnaissance régulière, le père *et la mère même* restent légalement inconnus. En effet, il ne faudrait pas prendre à la lettre, chez nous, la maxime romaine *partus ventrem sequitur, l'enfant suit sa mère,* et s'imaginer que, pour se rattacher à sa mère, l'enfant n'a besoin d'aucune formalité. Cette maxime, d'après laquelle, à Rome, l'enfant suivait toujours la condition de la mère, dès qu'il n'y avait pas, *justum matrimonium,* ne reçoit chez nous d'autre consécration que celle-ci, savoir : que la grossesse et l'accouchement étant des faits apparents, facilement saisissables, et qui établissent entre l'enfant et sa mère des rapports moins fugitifs, notre Code déclare toujours permises la recherche et la constatation judiciaire de la maternité, tandis que celles de la paternité sont généralement interdites. C'est ce qui se voit par les art. 340, alin. 1, et 341. (Nous disons *généralement,* parce qu'il est un cas exceptionnel

(1) Delvincourt, R. de Villargues (v° *Français,* n° 8); Dalloz (v° *Dr. civ.,* sect. 2); Lagrange (*Examen crit.,* p. 61); Valette (sur Proudhon, I, p. 122); Demolombe, I, 149); Douai, 19 mai 1835; Rej., 15 juill. 1840; Caen, 18 nov. 1852; Metz, 8 août 1855 (Dev., 36, 2, 97; 40, 1, 900; 57, 2, 35; *J. Pal.,* 52, 2, 525; 56, 2, 359). — M. Duranton n'indique pas ces arrêts dans son édition *augmentée de la jurisprudence nouvelle.*

dans lequel on permet aussi la recherche de la paternité, comme on le voit dans l'alin. 2 de l'art. 340). Mais si la maternité offre pour l'enfant une constatation plus facile et toujours permise, cette constatation n'existe jamais de plein droit chez nous; elle ne résulte même pas, comme on le croit partout dans le monde, de l'indication de la mère, dans l'acte de naissance, et il faut *toujours* à l'enfant né hors mariage, ou bien une reconnaissance *volontaire et expresse* de sa mère, ou bien un *jugement* qui déclare la maternité de celle-ci. Lors donc qu'il n'y aura eu ni reconnaissance ni jugement, l'enfant ne sera point rattaché légalement à sa mère, et, par conséquent, ne suivra point sa condition.

Comment déterminera-t-on alors la qualité de cet enfant?... On devra le réputer Français, par cela seul qu'il sera né en France. En effet, la qualité de Français est, en France, la condition générale, la règle; celle d'étranger est l'exception. Or, une exception ne peut s'admettre que sur preuve; quand on procède par présomption et dans le doute, c'est la règle qui s'applique.

Par la même raison, l'enfant né en pays étranger serait étranger dans ces mêmes circonstances.

III. — 109. On s'est demandé si c'est la condition que le père (ou bien la mère sous les distinctions ci-dessus) avait lors de la *conception* de l'enfant, qu'il faut attribuer à cet enfant, ou bien celle qu'il avait lors de la *naissance?*

Des auteurs ont répondu que l'enfant ne commençant à former une personne, et ne pouvant être membre de telle ou telle société, que par sa naissance, c'est toujours par la qualité qu'avaient le père ou la mère au moment de cette naissance qu'il faut déterminer la sienne. Cette décision nous paraît mauvaise; nous croyons qu'il faut se reporter au moment de la conception, quand c'est par la condition du père qu'on doit se déterminer, et que, quand c'est au contraire par la condition de la mère, il faut s'attacher, soit au moment de la conception, soit à celui de la naissance, soit à un moment intermédiaire de la grossesse, selon qu'il est plus avantageux pour l'enfant.

110. Et d'abord, quand c'est la condition du père qui détermine celle de l'enfant, c'est au moment de la conception qu'il faut se reporter nécessairement et toujours; ainsi le veulent les principes, et des principes écrits dans la nature même des choses. En effet, par rapport à son père, l'enfant forme une personne distincte, un être à part, du moment même de sa conception. Dès ce moment, il n'y a aucune dépendance de lui à ce père; celui-ci peut devenir malade, mourir même, sans que l'existence de l'enfant en soit affectée ni modifiée. Sans doute, cet enfant ne forme pas encore une personne complète, parfaite et qui puisse être dite, dès à présent, faire partie de telle ou telle corporation, puisqu'un accident postérieur peut faire qu'il ne naisse jamais et ne compte pas parmi les hommes; mais ceci n'empêche pas que la règle, qui doit fixer plus tard sa condition, ne soit dès à présent posée, et que le germe, pour ainsi dire, de sa qualité future ne repose déjà en

lui. Eh! qu'importent, en effet, les résultats possibles de la dépendance intime dans laquelle il est vis-à-vis de sa mère, puisque nous sommes dans une hypothèse où la loi fait abstraction de cette mère pour considérer le père seul?... Une observation bien simple suffit pour rendre palpable la justesse de notre décision. Supposons que le père d'un enfant conçu en mariage légitime meure quelques jours après la conception; quand naîtra l'enfant, son père n'aura plus de condition, il ne sera ni Français, ni Anglais, ni Espagnol, il ne sera rien, puisqu'il est mort; l'enfant dont vous voudriez déterminer la qualité par celle qu'a le père, au moment de la naissance, ne serait donc rien non plus!

111. Que si l'on se trouve, maintenant, dans les circonstances où la loi commande de déterminer la condition de l'enfant par la condition de la mère, alors, nous en sommes d'accord, c'est au moment de la naissance qu'il faut se reporter, en principe, puisque jusque-là l'enfant, placé dans une dépendance absolue vis-à-vis de sa mère, malade par sa maladie, mourant par sa mort, ne forme, en quelque sorte, qu'un seul être avec elle. Mais, c'est là un principe auquel il faut apporter une exception de faveur, quand l'enfant qu'on déclarerait étranger en s'arrêtant au moment de la naissance, devra se trouver Français, au contraire, si l'on se reporte au temps de la conception.

En effet, d'après une fiction généralement admise en droit, et qui a passé de la législation romaine dans la nôtre, on répute né l'enfant qui n'est encore que conçu, quand le résultat en est plus avantageux pour lui : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*; les art. 725, au titre des Successions, et 906, au titre des Donations, présentent des applications de cette fiction. Or, aux yeux de la loi, il vaut mieux être Français qu'étranger, et, puisque le Code consacre la maxime *infans conceptus* dans les art. 725 et 906, où il s'agit seulement de questions de propriété, d'intérêts pécuniaires, à plus forte raison faut-il l'appliquer quand il s'agit d'une question d'état, bien autrement favorable aux yeux du législateur, comme on le verra sous l'art. 54. Lors donc que l'enfant, qui serait étranger si l'on considérait le moment de sa naissance, se trouvera Français, au contraire, en considérant l'époque de sa conception, ce sera à cette dernière époque qu'il faudra s'en tenir.

Que si la mère, étrangère et au moment de la naissance et au moment de la conception, avait été Française à une époque quelconque de sa grossesse, on conçoit que ces raisons conduiraient à dire que l'enfant, ayant été réputé, à l'époque où sa mère était Française, déjà né et Français, naîtrait dès lors avec cette qualité de Français, sans que la qualité d'étrangère que la mère s'est trouvée avoir ensuite, puisse nuire à cet enfant, attendu que, par l'effet de la fiction, l'enfant était déjà censé exister séparément d'elle. L'application de la maxime *infans conceptus* exige qu'on dise ici, de la qualité de Français, ce que Martianus disait à Rome de la qualité d'homme libre : *Sufficit ei qui in ventre est, liberam matrem, vel medio tempore, habuisse* (Instit. Justin., l. I. t. IV).

112. Du reste, on conçoit que quand on a une fois déterminé quel est le moment auquel il faut se reporter pour prendre, chez le père ou chez la mère, la condition qui doit devenir celle de l'enfant, c'est *toujours* à la condition que l'auteur avait à ce moment qu'il faut s'en tenir, quand même cette condition aurait changé postérieurement et serait différente au moment, par exemple, où se fait la reconnaissance. Ainsi, supposons qu'un enfant, reconnu seulement d'abord par sa mère, étrangère à toutes les époques (enfant qui dès lors serait étranger, si les choses restaient ainsi), soit ensuite reconnu par son père, étranger aussi au moment qu'il reconnaît, mais qui était Français au moment de la conception de l'enfant; il est clair que cet enfant sera Français. En effet, quand l'enfant né est ainsi reconnu et par le père et par la mère, c'est la condition du père qu'il suit. Or, quand l'enfant suit la condition du père, c'est celle que le père avait lors de la conception de cet enfant; puis donc que, dans notre espèce, le père était Français lors de la conception, l'enfant sera Français aussi.

IV. — **113.** On est encore Français, avons-nous dit, par le bienfait de la loi. Nous verrons que ce résultat peut se réaliser de cinq manières différentes, quoique le Code, dans les articles qui suivent, n'en indique que trois.

9. — Tout individu né en France d'un étranger, pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission.

Loi du 22 mars 1849 : — L'individu né en France d'un étranger sera admis, même après l'année qui suivra l'époque de sa majorité, à faire la déclaration prescrite par l'article 9 du Code civil, s'il se trouve dans l'une des deux conditions suivantes : 1° s'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité.

Loi du 7 février 1851 : Art. 1er. — Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger.

2. — L'article 9 du Code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation. — A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger, qui étaient

majeurs à cette même époque, l'article 9 du Code civil leur est applicable dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation.

SOMMAIRE.

I. Aperçu des dispositions de l'art. 9 et des deux lois qui sont venues le modifier, en 1848 et 1851.

II. L'art. 9 ne s'applique point à l'enfant *conçu* seulement en France. La majorité dont il parle est celle que fixe la loi étrangère. — Il ne confère la qualité de Français que pour l'avenir : réfutation de la doctrine contraire de plusieurs auteurs de la Cour de cassation.

III. Analyse des lois du 22 mars 1849 et du 7 février 1851. — La combinaison de ces lois avec l'art. 9 donne à distinguer quatre classes d'enfants.

I. — 114. Dans notre ancien droit, il suffisait de naître en France pour être Français par ce seul fait (Pothier, *Des personnes*, titre 2, sect. 1). Cette règle, reproduite dans le projet du Code civil, y fut vivement critiquée par le Tribunat, qui ne crut pas, et avec raison, qu'on pût ainsi déterminer la qualité d'un enfant sans tenir aucun compte de celle de ses auteurs. On supprima donc cette disposition et l'on ne vit plus dans le fait d'être né en France qu'une circonstance qui, tout en laissant à l'enfant sa qualité d'étranger, devait rendre plus facile pour lui l'obtention du titre de Français. En conséquence, l'art. 9 du Code civil avait décrété que l'enfant né en France d'un étranger pourrait devenir Français, à la charge : 1° de réclamer cette qualité dans l'année qui suivra sa majorité; 2° de déclarer en même temps qu'il entend fixer son domicile en France; et 3° de venir, en effet, l'y fixer dans l'année de sa déclaration, s'il n'y est déjà.

Mais depuis la République, cette disposition de l'art. 9 a reçu des modifications successives et en sens divers par les deux lois du 22 mars 1849 et du 7 février 1851.

La loi de 1849 ne modifie que légèrement la règle de l'art. 9; car elle se réduit à dire que, dans deux hypothèses par elle prévues, l'enfant, au lieu d'avoir à faire sa déclaration dans l'année de sa majorité, pourra la faire à toute époque ultérieure.

Quant à la loi de 1851, elle a un double résultat : c'est 1° de rendre immédiatement Français, sauf réclamation de la qualité d'étranger, celui des enfants nés en France dont le père y était né lui-même, en sorte que l'art. 9 se trouve ainsi restreint à l'enfant né en France d'un étranger né hors de France; 2° d'élargir d'un autre côté les cas d'application de ce même article, qu'il vient de restreindre d'abord, en étendant sa disposition aux enfants mineurs *ou majeurs,* nés en France, *ou hors de France,* d'un étranger qui se fait naturaliser Français.

Expliquons successivement ces trois dispositions de l'art. 9 du Code et des deux lois de 1849 et 1851, pour préciser ensuite l'état de choses résultant de leur combinaison.

II. — 115. La disposition de l'art. 9 a fait naître trois questions; et si l'une, à la vérité, n'a jamais fait ni dû faire difficulté, en même temps que la seconde, quoique controversée, se résout facilement aussi, la dernière est, au contraire, vraiment délicate.

Et d'abord, on s'est demandé s'il faudrait étendre l'article à l'enfant qui serait seulement *conçu* en France. Or, la négative n'est pas douteuse. La loi ne parle et ne devait parler que de l'enfant *né* en France. Car s'il est naturel à l'homme de garder de l'attachement pour le pays, la ville, la maison où il est né, il n'en peut pas être de même du lieu où il n'a été que conçu; et c'est par la première idée que s'est déterminé le législateur. « Les premiers regards (de l'enfant), dit l'Exposé des motifs, ont vu le sol français, c'est sur cette terre qu'il a souri pour la première fois aux caresses maternelles, qu'il a senti ses premières émotions, que se sont développés ses premiers sentiments; et les impressions de l'enfance ne s'effacent jamais... » (Fenet, VII, p. 628). Ni le texte ni l'esprit de la loi ne permettent donc d'appliquer ici la maxime *infans conceptus pro nato habetur* (1).

115 *bis.* La seconde question est de savoir quelle est la majorité dont parle notre article, si c'est celle de la loi française ou celle de la loi du pays auquel l'enfant appartient jusqu'à la réclamation. Cette question, à vrai dire, ne devrait pas paraître plus difficile que la précédente; et l'on n'aurait jamais dû hésiter à dire qu'il s'agit de la majorité fixée par la loi étrangère. Il est vrai cependant que de graves auteurs enseignent le contraire (2); mais leur doctrine est, à nos yeux, une erreur certaine et manifeste.

L'enfant né en France d'un étranger étant lui-même étranger tant qu'il n'a pas fait la réclamation à laquelle le Code le soumet pour devenir Français, c'est donc aux lois personnelles du pays étranger, qu'il reste soumis jusque-là; c'est d'après ces lois qu'il est mineur ou majeur; et comme c'est dans l'année de *sa* majorité que notre article lui commande d'accomplir les conditions voulues, il s'agit donc bien de la majorité étrangère et non de la majorité française.

Et ce que le Code a fait ici, la raison ne lui commandait-elle pas de le faire? Tant que l'enfant est mineur, tant qu'un autre est chargé pour lui du double soin d'administrer ses biens et de diriger sa personne, il ne s'occupera guère de décider où ni comment il s'établira, de chercher une position sociale; c'est sa majorité qui, en le livrant à lui-même, lui fera sentir le besoin et lui donnera aussi les moyens de prendre un parti. Or quelle majorité produira cet effet, sinon celle du pays auquel il appartient? C'est donc cette majorité qu'il fallait prendre pour point de départ de l'année après laquelle le bénéfice de l'article lui est refusé. Ainsi qu'un Allemand né en France y voie mourir ses parents à l'âge de dix ou douze ans et retourne en Allemagne sous la direction d'un tuteur, cet Allemand ne devenant majeur et maître de lui qu'à vingt-cinq ans, il résulterait du système que nous combattons que, quand même ce jeune homme viendrait réclamer aussitôt sa majorité atteinte, il faudrait lui répondre qu'il est trop tard, puisque la majorité française est fixée à vingt et un ans!

(1) Duranton (I, 130); Demolombe (I, n° 164); Aubry et Rau (4e édit., t. I, § 70, p. 235).
(2) Delvincourt, Duranton (I, 129); Coin-Delisle (n° 25); Zachariæ (I, p. 157).

Le seul motif que l'on donne à l'opinion contraire, c'est que la Constitution de l'an VIII, sous l'empire de laquelle le Code a été fait, voulait (art. 3) que l'étranger, pour devenir citoyen français, déclarât son intention *après l'âge de vingt et un ans.* Mais comment n'a-t-on pas vu l'immense différence des deux cas? Dans l'art. 3 de la Constitution, le législateur fixe un point après lequel on pourra faire la déclaration à toute époque qu'on voudra; il ouvre une porte qui, une fois ouverte, ne se refermera plus; il devait donc l'ouvrir le plus tôt possible. Dans notre art. 9, au contraire, il s'agit d'une année après laquelle il y a déchéance; il fallait donc placer cette année, pour chaque intéressé, à un moment où il fût en mesure de se prononcer. Voilà pourquoi le premier texte fixe pour tous l'*âge de vingt et un ans,* tandis que le nôtre fixe pour chacun l'année qui suit sa *majorité* (1).

115 *ter.* La dernière question, plus délicate que les deux autres, est de savoir si c'est seulement pour l'avenir, ou bien avec rétroactivité au jour même de sa naissance, que l'enfant devient Français par l'accomplissement des prescriptions de l'art. 9... Quatre auteurs fort graves, et une autorité plus grave encore, un arrêt de cassation rendu (presque à l'unanimité, dit-on) sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Nicias Gaillard, se prononcent pour la rétroactivité; mais beaucoup plus d'auteurs, et parmi eux nos professeurs les plus distingués (MM. Bugnet, Demante, Demolombe, Ducaurroy, Duranton et Valette) enseignent le contraire (2).

Tel a toujours été aussi notre sentiment, et son exactitude nous paraît plus certaine encore depuis les deux lois de 1849 et 1851, en présence desquelles la Cour suprême ne jugerait sans doute plus comme elle l'a fait en 1848. D'abord, les trois arguments que le système contraire cherche à tirer : 1° du mot *réclamer* de l'art. 9, 2° de la comparaison de ce terme avec le mot *recouvrer* des art. 10, 18 et 19, et 3° de la disposition de l'art. 20, ont reçu depuis longtemps cette réponse : 1° que, *réclamer* signifiant simplement demander, le mot peut dès lors s'appliquer à une chose qui n'appartient pas aussi bien qu'à celle qui appartient; 2° que le mot *recouvrer,* exact pour les art. 10, 18 et 19, où il s'agit de reprendre une qualité qui a été perdue, ne pouvait pas être employé dans l'art. 9, l'individu dont l'article s'occupe n'ayant jamais perdu cette qualité, puisqu'il ne l'a jamais eue; 3° que les art. 10, 18 et 19 s'occupant d'individus qui recouvrent une

---

(1) Lagrange (*Ex. crit.*, p. 68); Valette (sur Proudhon, I, p. 180); Demolombe (I, 165). Jugé que l'enfant né en France d'un étranger ne peut, pendant sa minorité, être admis à jouir provisoirement des priviléges attachés à la qualité de Français (notamment celui de concourir à l'Ecole polytechnique), lors même qu'il ferait d'avance, avec l'assistance de son père, la déclaration dont parle l'art. 9. — Paris, 14 juill. 1856, 30 juill. 1859; Cass., 31 déc. 1860 (Dev., 1861, 1, 227). *Contrà :* Trib. de la Seine, 28 avr. 1840.

(2) Légat (p. 42); Valette (sur Proudhon, I, p. 122); Duvergier (sur Toullier, I, 264); Ducaurroy (sur l'art. 9); Bugnet (sur Pothier, I, p. 19, et IX, p. 17); Demolombe (I, 163); Fœlix (*Dr. internat.*, p. 41); Demante (n° 19 *bis*, 111); puis Delvincourt et Duranton (I, 199). *Contrà :* Merlin (*Rép.*, v° Français, n° 1); Toullier (*loc. cit.*); Coin-Delisle (art. 91, n° 15); Zachariæ (I, p. 153); Aubry et Rau (4e édit., I, § 70, p. 236); Cass., 19 juill. 1848 (Dev., 48, 1, 529-542).

qualité qu'ils avaient eue précédemment, de sorte qu'on eût pu croire qu'ils seraient censés ne l'avoir pas perdue, il était dès lors utile, du moment qu'on ne voulait pas qu'il en fût ainsi, de s'expliquer à cet égard, comme le fait l'art. 20, d'autant plus utile que la recouvrance rétroactive avait lieu dans l'ancien droit, tandis que l'enfant de l'art. 9 *naissant étranger*, et pouvant seulement dès lors *devenir* Français par l'accomplissement des prescriptions de la loi, il n'était donc pas besoin de dire qu'il ne serait tel qu'à partir de cet accomplissement. — En vain M. Devilleneuve, sur cette assertion que l'enfant *naît étranger* et ne peut dès lors que *devenir* Français, nous reproche (p. 537, 538) de déclarer évident ce qui est précisément en question et de tourner ainsi dans un cercle vicieux. Le fait que l'enfant naît étranger est partout reconnu dans les travaux préparatoires et notamment dans ces phrases de l'exposé des motifs : « Quant au fils de l'étranger qui reçoit le jour en France, on ne peut pas dire *qu'il ne naît pas étranger* » (sur l'art. 9); puis (sur l'art. 10) : « Si nous recevons l'*étranger* né en France, rejetterons-nous de notre sein celui qui sera né en pays étranger, mais d'un père qui aurait perdu la qualité de Français? le traiterons-nous avec plus de rigueur que l'*étranger* né sur notre sol? » (Fenet, t. VII, p. 628)... Le reproche de décider la question par la question n'est pas plus fondé, puisqu'ici nous n'en sommes pas encore à la solution de la question, à l'établissement de notre doctrine, mais seulement à la réfutation des motifs de la doctrine contraire; nous voulons seulement prouver que l'argument tiré contre nous de l'art. 20 n'a aucune valeur.

Quant à l'établissement de notre doctrine, il repose surtout 1° sur la comparaison des art. 9, 10 et 20; et 2° sur les dispositions des deux lois de 1849 et 1851.

L'enfant dont s'occupe l'art. 10 étant traité *plus favorablement* que celui de l'art. 9 (puisqu'il peut exercer à toute époque la faculté qui n'est offerte au second que pendant l'année qui suit sa majorité), n'est-ce pas par *à fortiori* que celui-ci doit être privé de la rétroactivité que l'art. 20 refuse au premier?... On répond que c'est précisément parce qu'on accordait à l'enfant de l'art. 9 la rétroactivité refusée à l'individu de l'art. 10, qu'on a obligé le premier à se prononcer de suite après sa majorité, au lieu de le laisser libre de le faire à toute époque comme le second : il y eût eu, dit-on, de trop graves inconvénients pour les tiers à laisser en suspens indéfiniment pour toute la vie d'un homme, le point de savoir si cet homme est Français ou étranger; et c'est pour cela que le législateur, en accordant une faculté indéfinie dans l'art. 10, y refuse la rétroactivité, comme il met une limite étroite dans l'art. 9, parce que la rétroactivité y est admise. Mais cette réponse, déjà loin d'être satisfaisante sous le Code civil, est inacceptable depuis la loi de 1849, puisque cette loi donne aux individus de l'art. 9, placés dans l'une des hypothèses qu'elle prévoit, le droit de réclamer la qualité de Français à quelque époque que ce soit. Puisque le système contraire proclame, et avec raison, qu'il était im-

possible de permettre l'obtention du titre de Français avec rétroactivité quand on la permet à toute époque, et que d'autre part la loi de 1849 permet l'obtention de l'art. 9 à toute époque, c'est donc que cette obtention n'a pas de rétroactivité... L'art. 2 de la loi de 1851 prouve encore plus clairement, s'il est possible, cette absence de rétroactivité. Il accorde, en effet, l'application pure et simple de l'art. 9 à tous les enfants, soit mineurs, soit majeurs, nés hors de France d'un étranger qui se fait naturaliser Français; or ne serait-il pas de la dernière impossibilité d'admettre qu'un homme de trente ou quarante ans qui est né à Berlin, par exemple, de parents prussiens, et n'a jamais quitté Berlin, pût, parce que son père vient se faire naturaliser en France, et va se trouver Français pour l'avenir, devenir Français *avec effet rétroactif au jour de sa naissance!*

III. — 116. Les deux lois du 22 mars 1849 et du 7 février 1851 se trouvent déjà expliquées en partie par ce qui précède.

La première admet à bénéficier de l'art. 9, même après l'année qui suit sa majorité et sans aucune limitation de délai, tout étranger né en France qui sert ou a servi dans les armées françaises, puis celui qui, sans être ni avoir été militaire, a cependant été appelé à satisfaire à la loi du recrutement et s'y est soumis au lieu d'invoquer sa qualité d'étranger, en sorte qu'il n'a échappé au service qu'en obtenant un numéro élevé, ou par l'effet d'une infirmité, ou par une cause quelconque autre que son extranéité (1).

117. La loi de 1851 contient deux dispositions indépendantes l'une de l'autre. Celle de l'art. 2, comme on l'a vu, applique l'art. 9 du Code à tous les enfants, même majeurs et nés hors de France, de l'étranger qui se fait naturaliser. Ceux qui étaient encore mineurs lors de la naturalisation devront accomplir les prescriptions du Code dans l'année qui suivra leur majorité; ceux qui étaient déjà majeurs devront le faire dans l'année qui suivra la naturalisation de leur père.

Quant à l'art. 1er, il soustrait à l'art. 9, pour leur accorder un bénéfice plus grand, les enfants nés en France d'un étranger qui était né en France lui-même. On fait précisément pour eux, quant à la qualité de Français, ce que la Cour de cassation prétendait à tort être fait par l'art. 9 pour la qualité d'étranger. C'est-à-dire qu'ils sont Français dès leur naissance même, si mieux ils n'aiment être étrangers comme leur père en faisant une déclaration à cet égard dans l'année qui suivra leur majorité : L'enfant EST Français, nous dit la loi, à moins que dans l'année qui SUIVRA sa majorité il ne réclame la qualité d'étranger.

---

(1) Aux termes de l'art. 16 de la loi du 27 juill. 1872, sont seuls exemptés du service militaire ceux que leurs infirmités rendent impropres à tout service actif ou auxiliaire dans l'armée.

L'individu né en France d'un père étranger, qui, même étant encore en état de minorité, a excipé de son extranéité et obtenu sa radiation du tableau de recensement, ne peut, après l'année qui suit l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, alors même qu'avant sa trentième année, il se serait fait inscrire comme omis sur de nouvelles listes du contingent. Cass., 27 janv. 1869 (Dev., 69, 1, 129). J. Lille, 18 mai 1872 (Dev., 72, 2, 114).

Ainsi, il est Français dès à présent et avant sa majorité ; il est Français provisoirement et s'il ne choisit pas plus tard la qualité contraire. Et puisqu'il est Français (dès sa naissance même) si la déclaration contraire n'a pas lieu plus tard, il est donc étranger (dès sa naissance également) si cette déclaration a lieu : il est Français provisoirement et sous condition résolutoire; il est étranger sous condition suspensive. Cet état conditionnel et d'incertitude, que certains jurisconsultes croyaient exister (en sens inverse) dans l'art. 9 du Code, mais que rien ne prouvait et que repoussent clairement la loi de 1849 et l'art 2 de celle-ci, cet état se manifeste ici bien clairement par la rédaction si précise de l'art. 1er, rédaction due à M. le professeur Valette (1).

En définitive, l'enfant *est Français* et il restera tel à défaut de déclaration contraire; il *sera* étranger et l'aura rétroactivement toujours été, si cette déclaration intervient. Et comme en attendant *il est Français*, le principe qui commande de dire que la majorité dont parle l'art. 9 est, contrairement à l'idée de M. Duranton et autres, celle de la loi étrangère, commandait de s'arrêter ici à la majorité de la loi française, comme M. Valette a eu soin de l'insérer dans l'article (2).

118. D'après tout ce qui précède, on voit que le cas unique que prévoyait l'art. 9 du Code civil se trouve aujourd'hui divisé, par les modifications et additions des deux lois de 1849 et 1851, en quatre cas distincts, qui nous donnent à distinguer quatre classes d'individus :

1° Les enfants nés en France d'un étranger né hors de France et non naturalisés avant leur majorité. Ils sont toujours régis par le seul art. 9 du Code civil;

2° Les mêmes, lorsqu'ils sont placés dans l'un des deux cas prévus par la loi de 1849. Ils sont régis par l'art. 9 combiné avec cette loi;

3° Les enfants nés hors de France d'un étranger qui s'est fait naturaraliser avant leur majorité, et tous ceux nés (en France ou hors de France) d'un étranger naturalisé après leur majorité. Ils sont régis par la combinaison de l'art. 9 du Code avec l'art. 2 de la loi de 1851.

4° Enfin, les enfants nés en France d'un étranger né lui-même en France. Ils sont entièrement soustraits à l'art. 9 du Code et régis par la loi de 1851, art. 1.

10. — Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français.

Tout enfant, né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'article 9.

I. — 119. La première disposition de notre article est évidente : en quelque pays que naisse un enfant, il suit la condition de son père.

---

(1) Voir la séance de l'Assemblée législative du 29 janv. 1851 (*Moniteur* du 30).

(2) Les individus déclarés Français en vertu de l'art. 1er de la loi de 1851 concourent au tirage qui suit l'année de leur majorité, s'ils n'ont pas réclamé leur qualité d'étranger conformément à ladite loi. — L. 27 juill. 1872 (art. 9). Valette (p. 14); Demangeat (sur Fœlix, *Droit internat.*, I, 96); Douai, 18 déc. 1854 (Dev., 55, 2, 263; *J. Pal.*, 54, 2, 206). *Contrà* : Demolombe (165).

On sait, toutefois, qu'il n'en est ainsi qu'autant que l'enfant se rattache légalement au père, c'est-à-dire quand le père était l'époux légitime de la mère, ou du moins, que l'enfant a, vis-à-vis de ce père, une reconnaissance légale ou un jugement de paternité. Si l'enfant n'était ni légitime ni reconnu, soit volontairement, soit judiciairement, il n'y aurait aucune relation légale entre son père et lui, légalement son père serait inconnu. Ce serait alors par la condition de la mère qu'il faudrait déterminer la sienne, si cette mère l'avait reconnu ; on dirait d'elle ce que notre article dit du père. Les explications données sur l'art. 8 nous dispensent de tous détails à cet égard.

On sait aussi que ce n'est pas au moment de la naissance de l'enfant que le père doit avoir été Français, mais au moment de la conception. Pour la mère, au contraire, il suffit qu'elle l'ait été à un moment quelconque de la grossesse.

On aurait dû supprimer ici ce premier alinéa et en ajouter un second à l'art. 8 en ces termes : *Est Français tout enfant né d'un père légitime ou qui l'a reconnu, et qui était Français au moment de la conception; et aussi tout enfant né, hors mariage et sans reconnaissance de son père, d'une femme qui l'a reconnu et qui était Française à un moment quelconque de sa gestation.*

II. — 120. Il s'agit, dans le deuxième alinéa, de l'enfant d'un ex-Français, lequel enfant, par conséquent, est né étranger ; et nous devons étendre, pour embrasser tous les cas possibles, à l'enfant d'une ex-Française ce que l'article dit du premier. Seulement, nous savons que, relativement au père, il suffira, pour que l'enfant soit étranger, que ce père fût dépouillé de sa qualité de Français au moment de la conception, quand même il l'aurait recouvrée avant la naissance ; tandis que, par rapport à la mère, il faudra qu'elle n'ait été Française ni à l'époque de la conception, ni à l'époque de la naissance, ni à aucun moment intermédiaire. Nous savons également qu'on ne considère la mère que sous ces deux conditions : 1° qu'il n'y ait ni mariage ni reconnaissance du père ; 2° qu'il y ait reconnaissance de la mère.

Cet enfant d'un ex-Français ou d'une ex-Française est traité, on le voit, plus favorablement que l'enfant d'origine étrangère né en France, et dont s'occupait l'article précédent. Celui-ci, en effet, à moins qu'il ne se trouve dans l'exception créée par la loi du 22 mars 1849, ne peut acquérir la qualité de Français qu'en remplissant *dans l'année de sa majorité*, les formalités prescrites ; que l'autre le pourra en remplissant les mêmes formalités à quelque époque de sa vie que ce soit. Cette plus grande faveur est motivée par cette considération que l'enfant est d'origine française.

L'article ne parle que de l'enfant né de l'ex-Français *en pays étranger;* mais il est clair qu'il s'appliquerait également à celui qui serait né en France. D'un côté, en effet, on ne pourrait pas traiter ce dernier *moins favorablement* que l'autre, puisque, comme on l'a vu à l'article précédent, le seul fait d'être né en France est déjà une cause de faveur aux yeux de la loi. Mais on ne pourrait pas

non plus le traiter *plus favorablement*, car la seule faveur plus grande qui restât à lui accorder au-dessus de celle de notre article, ce ne pourrait être que de dire qu'il naît Français : or, il faudrait pour cela une disposition expresse de la loi, puisque, son auteur étant étranger au moment où cet auteur lui imprime sa propre condition, les principes exigent impérieusement qu'il soit déclaré étranger lui-même. L'enfant né d'un ex-Français ou d'une ex-Française aura donc exactement le même sort, qu'il soit né en pays étranger ou qu'il soit né en France; dès lors, les mots *né en pays étranger* doivent être effacés dans notre deuxième alinéa comme dans le premier; ils ne sont exacts qu'autant qu'on les entendra dans ce sens *même en pays étranger*.

121. Ce deuxième alinéa nous indique la seconde manière de devenir Français par le bienfait de la loi. Du reste, l'expression *recouvrer* qu'il emploie n'est pas absolument exacte puisqu'on ne recouvre que ce qu'on a perdu, et que l'enfant, ici, n'a pas pu perdre la qualité de Français, ne l'ayant jamais eue; mais elle s'explique en disant que le législateur regarde en quelque sorte cet enfant comme ne faisant qu'un avec son père, qui, lui, avait joui de cette qualité. L'enfant, personnellement, n'a jamais été Français; mais sa famille a été française.

11. — (Nous rapportons l'article 11 après l'article 12, afin de terminer l'étude des manières de devenir Français, avant de nous occuper des personnes qui demeurent étrangères.)

12. — L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari.

SOMMAIRE.

I. L'article ne s'applique point à la femme dont le mari, étranger lors du mariage, devient Français ensuite.
II. A cette troisième manière de devenir Français, il en faut ajouter deux autres non indiquées par le Code.
III. Nouvelle loi sur la naturalisation des étrangers.
IV. Les Français d'origine sont citoyens par cela seul qu'ils sont mâles et majeurs.
V. Qui est Français d'origine?

I. — 122. Notre article déclare Française la femme étrangère qui épouse un Français; mais il ne faudra pas étendre sa disposition à celle qui aurait épousé un étranger devenu Français postérieurement à son mariage. La première par le fait même de son mariage, manifeste efficacement le consentement de devenir Française; mais, pour la seconde, on n'en peut pas dire autant, et il ne peut pas dépendre de la volonté de son mari de lui enlever la qualité de membre d'une corporation, d'une société à laquelle elle veut, peut-être, continuer d'appartenir. La femme alors ne deviendrait Française qu'en accomplissant de son côté les conditions imposées à un étranger pour devenir Français.

II. — 123. La disposition de cet article nous indique la troisième

manière de devenir Français, et c'est la dernière dont parle le Code. Mais il en est encore deux autres : 1° l'adjonction à la France d'un territoire nouveau ; car lorsque, par l'effet d'une conquête ou d'un traité, un territoire étranger devient Français, ses habitants deviennent aussi Français *ipso facto;* et 2° la naturalisation, dont nous parlerons au n° III.

124. Quant à la sixième manière de devenir Français dont nous parlions dans nos précédentes éditions, et que nous faisions consister dans un contrat tacite résultant, entre l'étranger et le Gouvernement, de ce que le second avait appelé le premier à subir des charges publiques que celui-ci avait acceptées, elle ne saurait être admise aujourd'hui. Elle est implicitement repoussée par la loi, citée sous l'article 9, du 22 mars 1849. Cette loi, en effet, prévoit le cas d'étrangers nés et domiciliés en France qui, appelés à satisfaire à la loi du recrutement, y ont satisfait sans aucune réclamation, soit en n'évitant le service que par une cause applicable aux Français, soit même en servant effectivement dans nos armées; et la loi dispose que cette circonstance leur permettra de former à toute époque la demande qu'ils n'eussent pu former sans cela que dans l'année suivant leur majorité. Mais, puisqu'il leur faut obtenir la qualité de Français, c'est donc qu'ils ne l'ont pas, et que, dans l'esprit de notre législation actuelle, la soumission à des charges publiques ne suffit pas pour la conférer.

III. — 125. Les règles éparses jusqu'ici dans différents textes et d'après lesquelles on distinguait, 1° la *naturalisation ordinaire,* exigeant un stage de dix années (Const. du 22 frim. an VIII, décr. du 17 mars 1809) ; 2° la *naturalisation privilégiée,* n'exigeant qu'un an de stage (S.-cons. du 19 fév. 1808) ; et 3° la *grande naturalisation,* donnant seule, depuis 1814, le droit d'éligibilité aux Chambres, et ne pouvant être conférée que par le pouvoir législatif, mais sans aucune condition de stage (ord. du 4 juin 1814), sont aujourd'hui réunies dans les art. 1 et 2 de la loi du 3 décembre 1849, qui ne modifient au fond le droit précédent qu'en ce point : que le stage d'une ou de dix années se trouve toujours nécessaire désormais.

D'après cette loi : 1° dans les cas ordinaires, l'étranger doit avoir établi son domicile en France avec l'autorisation du gouvernement et y avoir résidé pendant dix ans depuis cette autorisation (art. 1, § 3 et suiv.) (1) ; 2° le délai de dix ans peut être réduit à un an pour les étrangers qui ont rendu d'importants services à la France, ou qui auront apporté en France soit des talents distingués, soit des inventions ou une industrie utiles, ou qui auront formé de grands établissements (art. 2); dans les deux cas, la naturalisation sera prononcée par « *le Président de la République* », qui ne peut statuer qu'après enquête du Gouvernement et sur « l'*avis préalable du Conseil d'Etat* (2) (art. 1,

---

(1) Voy. à la note de la page suivante la loi du 29 juin 1867, qui réduit ce temps à trois années.

(2) La nécessité de l'avis favorable du Conseil d'Etat n'existe plus : il suffit que le Conseil d'Etat ait été consulté. (Voy. ci-après la loi du 29 juin 1867.)

§§ 1 et 2) » ; 3° chacune des deux naturalisations donne la qualité de citoyen, mais aucune n'attribue le droit d'éligibilité « *à l'Assemblée nationale* » : ce droit ne peut être conféré qu'après la naturalisation obtenue et par une loi spéciale (art. 1, § dern.) (1). — Du reste, c'est seulement pour les étrangers qui se feront naturaliser à l'avenir que l'éligibilité pourra rester ainsi séparée du titre de citoyen ; ceux qui étaient naturalisés avant la loi de 1849 sont ou seront, conformément à l'art. 26 de la Constitution, tous éligibles à l'âge de vingt-cinq ans (2).

IV. — 126. Quant aux Français d'origine (tous éligibles, bien entendu, à l'âge de vingt-cinq ans), ils sont citoyens par cela seul qu'ils sont mâles et majeurs.

En effet, il est bien évident, d'une part, que les Français d'origine peuvent devenir et deviennent citoyens ; or, d'un autre côté, ni la Constitution de l'an VIII, ni le décret de 1809, ni le sénatus-consulte de 1808, ni l'ordonnance de 1814, ni la nouvelle loi de 1849 ne leur sont applicables, puisque ces diverses dispositions ne s'occupent que des étrangers ; comme ensuite il n'existe aucune disposition législative qui impose aujourd'hui au Français telle ou telle condition pour devenir citoyen, force est bien de conclure que les seules conditions exigées de lui sont celles résultant de la nature même des choses. Or, les

---

(1) M. Demolombe (160 *quater*) pense qu'une loi n'est pas nécessaire pour qu'un étranger simplement naturalisé puisse siéger soit au Sénat, soit au Corps législatif. — *Contrà :* Demante (t. II, n° 320 *bis*) ; Beudant (*Rev. crit. de législat.*, t. VII et IX). — Voy. à la note suivante.

(2) Un décret du gouvernement provisoire des 28-31 mars 1848 avait autorisé provisoirement le ministre de la justice à accorder la naturalisation à tous étrangers qui la demanderaient, en justifiant d'une résidence en France de cinq ans au moins, et qui produiraient en outre une attestation (donnée par le maire de Paris ou le préfet de police, pour le département de la Seine, par les commissaires du Gouvernement, pour les autres départements), déclarant qu'ils étaient dignes, sous tous les rapports, d'être admis au nombre des citoyens français.

Le ministre de la justice a usé de cette autorisation provisoire pendant trois mois, et une décision ministérielle du 29 juin 1848 est venue déclarer que nulle naturalisation de ce genre ne serait ultérieurement accordée. Il a été accordé, pendant ces trois mois, 2 459 naturalisations.

Depuis, la loi du 29 juin 1867 est venue modifier les dispositions de la loi du 3 déc. 1849 ; voici cette loi :

« Les art. 1 et 2 de la loi du 3 déc. 1849 sont remplacés par les dispositions suivantes :

» Art. 1er. L'étranger qui, après l'âge de vingt et un ans accomplis, a, conformément à l'art. 13 du Code Napoléon, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et y a résidé pendant trois années, peut être admis à jouir de tous les droits de citoyen français. — Les trois années courront à partir du jour où la demande d'autorisation aura été enregistrée au ministère de la justice. — Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouvernement français. — Il est statué sur la demande en naturalisation, après enquête sur la moralité de l'étranger, par un décret de l'Empereur, rendu sur le rapport du ministre de la justice, le Conseil d'Etat entendu.

» Art. 2. Le délai de trois ans, fixé par l'article précédent, pourra être réduit à une seule année en faveur des étrangers qui auront rendu à la France des services importants, qui auront introduit en France soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y auront apporté des talents distingués, qui y auront formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles.

» 2. L'art. 5 de la loi du 3 déc. 1849 est abrogé. »

Il résulte de cette loi, et c'est à cet effet que son art. 2 abroge l'art. 5 de la loi de 1849, que l'étranger, ayant satisfait aux conditions imposées pour la naturalisation, jouit du droit d'éligibilité, sans qu'une loi spéciale soit nécessaire pour le lui conférer.

deux qualités de mâle et de majeur sont *essentielles* et *indispensables* pour le titre de citoyen. Quant à la qualité de mâle, on sait que, de tout temps, les femmes, en France, ont été exclues de toute participation à la chose publique, à tel point que, d'après nos lois fondamentales, il n'y avait pas même exception au principe pour celles qui se trouvaient appelées, par le droit du sang, à l'exercice de la puissance royale. Quant à la qualité de majeur, il est évident que celui que la loi déclare incapable d'exercer ses droits civils ne peut pas participer à la puissance publique et exercer les droits politiques. On exigera donc ces deux qualités, mais on n'exigera qu'elles, pour les Français d'origine. Aussi, est-ce *à tous les Français âgés de vingt et un ans* que la Constitution de 1848 (art. 25) et même la loi restrictive du 31 mai 1850 reconnaissent la qualité d'électeur (1).

V. — 127. Mais maintenant, qui sont ceux qu'on doit entendre par ce nom de *Français d'origine?* Est-ce seulement ceux qui, nés Français, n'ont jamais perdu cette qualité; ou bien doit-on comprendre aussi sous cette dénomination : 1° ceux qui, nés Français et ayant perdu cette qualité, l'ont recouvrée conformément à l'art. 18 ; 2° ceux encore qui, nés d'un ex-Français, sont devenus Français par l'application de l'art. 10; et enfin 3° l'étranger devenu Français en vertu de l'art. 9?

Nous croyons que tous doivent être compris sous le nom de Français d'origine, et que tous, en conséquence, sont citoyens dès qu'ils sont mâles et majeurs.

1° Le Français qui perd cette qualité n'est pas mis, par le législateur, sur la même ligne qu'un étranger. C'est un fils de famille qui a déserté, il est vrai, le toit paternel, mais que le père de famille voit toujours d'un œil favorable. Aussi lui offre-t-il toujours un moyen facile de venir reprendre, dans la famille, les droits qu'il a perdus. Au moyen de formalités déterminées, il peut, d'après les art. 18 et 20, *recouvrer* ce qu'il avait perdu, c'est-à-dire, redevenir Français avec les prérogatives attachées à cette qualité pour celui qui la tient de sa naissance, et non pas seulement Français comme le devient l'étranger ordinaire. L'étranger, en effet, pour poursuivre notre comparaison, n'est jamais qu'un fils adoptif, et cependant il peut, dans certains cas, avoir la plénitude des droits civiques; or, n'est-il pas bien naturel que l'enfant du sang, rentrant dans la famille, y soit traité aussi favorablement que celui des enfants adoptifs qui l'est le plus? Et c'est si bien là l'idée du législateur, qu'il a cru devoir écrire une disposition expresse, celle de l'art. 20, pour empêcher qu'on n'allât jusqu'à dire que ce Français reprendrait ses droits et prérogatives avec effet rétroactif, et de manière à être considéré comme ne les ayant jamais perdus.

2° Nous en dirons autant de l'enfant dont parle l'art. 10, bien qu'il ne soit pas né Français. Le législateur le regarde aussi comme un en-

---

(1) Voy. pour les élections des députés à l'Assemblée nationale, le décret organique du 2 fév. 1852 (art. 12).

fant du sang, parce que c'est aussi du sang français qui coule dans ses veines. C'est pour cela qu'en parlant de lui, le législateur ne dit pas qu'il *acquerra*, mais bien qu'il *recouvrera* la qualité de Français, et que, pour lui aussi, il a cru utile de dire qu'il ne recouvrerait point *rétroactivement* les droits de son père.

3° Enfin, on doit reconnaître les mêmes droits à l'étranger qui devient Français en vertu de l'art. 9 soit seul, soit combiné avec la loi du 22 mars 1849. C'est à raison de *sa naissance* sur le sol de France qu'il obtient la qualité de Français, et ni les textes relatifs à la naturalisation ni nulle autre disposition ne lui imposent aucune condition particulière pour devenir citoyen.

127 *bis*. Quant à celui qui a perdu la qualité de Français pour les causes exprimées à l'art. 21, c'est-à-dire pour avoir pris du service militaire à l'étranger sans autorisation, il en serait autrement. Il ne peut, aux termes de ce même article, redevenir Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger ordinaire; il est donc devenu complétement étranger, aux yeux du législateur, et il lui faudrait, dès lors, non-seulement subir, pour être citoyen, le stage de dix années auquel le soumet formellement cet art. 21, mais aussi, pour avoir la plénitude des droits civiques, obtenir la loi spéciale nécessaire à l'étranger ordinaire, auquel il est assimilé. — Il en est de même, évidemment, de l'étranger qui devient Français par application de l'art. 9 combiné avec l'art. 2 de la loi du 7 février 1851. Ne devant la qualité de Français qu'à la naturalisation de son père, il ne peut pas être mieux traité que celui-ci et n'est pas plus que lui Français d'origine.

N. B. — Nous passons maintenant aux art. 11, 13 et suivants, qui vont nous dire sous quelles conditions et dans quelles limites les étrangers jouissent en France des droits civils.

11. — L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.

SOMMAIRE.

I. Ce qu'étaient le droit d'aubaine et le droit de détraction. — L'Assemblée constituante les abolit.

II. Le Code adopte, dans notre article, un système de réciprocité qui tient le milieu entre celui de l'ancien droit et celui de l'Assemblée constituante. — Il veut que cette réciprocité soit fondée sur un traité. Raison de ceci.

III. La loi de 1819 abroge les art. 726 et 912, et par là même une partie de notre article.

I. — 128. Autrefois, tout étranger était incapable, soit de transmettre, soit de recueillir, ni par succession légitime, ni par testament, aucun bien situé en France. D'après ce principe, toutes les fois qu'un bien situé en France était laissé par un étranger (qu'il dût être recueilli par un autre étranger ou par un Français, peu importe), et toutes les fois qu'il devait être recueilli par un étranger (qu'il fût laissé par un

autre étranger, ou par un Français, peu importe), toutes les fois, en un mot, que ce n'était pas un Français qui le laissait à un Français qui devait le recueillir, ce bien passait au Gouvernement. Une règle semblable était suivie contre les Français dans les pays étrangers; elle existait partout de nation à nation; ce droit s'appelait *droit d'aubaine*, parce que les étrangers s'appelaient eux-mêmes *aubains* (*alibi nati*).

Sous Louis XVI, divers traités abolirent le droit d'aubaine, complétement vis-à-vis de quelques nations, puis, vis-à-vis de quelques autres, pour partie seulement et sous la réserve, au profit du Gouvernement, d'une certaine fraction des biens, un dixième ordinairement. Ce droit de retrancher un dixième pour le garder fut appelé *droit de détraction* (*detrahere*).

Le droit d'aubaine et le droit de détraction furent entièrement abolis, sous l'Assemblée constituante, par le décret du 6 août 1790, de sorte que, sous l'empire du droit intermédiaire, les étrangers furent capables de transmettre et de recueillir en France comme les Français eux-mêmes.

II. — 129. L'Assemblée constituante avait fait là un acte d'humanité et de vraie philosophie qu'elle espérait, sans doute, voir imiter par les autres peuples. « Considérant, disait-elle dans le préambule du dé- » cret, que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité » qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur » gouvernement... » L'Assemblée constituante s'était trompée dans ses prévisions; malgré son noble exemple, les autres nations maintinrent toujours le droit d'aubaine.

Aussi, lors de la rédaction du Code civil, le peu d'effet qu'avait produit la générosité de l'Assemblée constituante fit abandonner son système; mais comme on ne voulait pas, non plus, consacrer le système tout contraire de l'ancien droit, on prit un sage milieu entre les extrêmes, et par une juste réciprocité on posa en principe dans notre art. 11, non pas seulement pour le droit de transmettre et de recueillir, mais pour tous les droits civils en général, que chaque étranger jouirait en France de ceux de ces droits qui seraient accordés aux Français dans le pays de cet étranger, d'après un traité passé avec sa nation.

D'après cet article, comme on voit, il ne suffit pas pour qu'un étranger puisse exercer en France tel droit civil, que les Français puissent exercer ce même droit dans le pays de l'étranger en vertu des lois de ce pays; il faut, de plus, que cette faculté soit accordée aux Français *par un traité* fait entre ce pays et la France. Le motif en est facile à saisir; il se pourrait, en effet, qu'un pays au sein duquel la civilisation, l'industrie, les arts, etc., seraient peu avancés, accordât, sans traités à cet égard, et dans son intérêt particulier, des priviléges exorbitants aux citoyens français qu'il aurait besoin d'attirer chez lui, tandis que la France devrait se bien garder d'offrir les mêmes avantages aux citoyens de ce pays.

III. — 130. Les art. 726 et 912 du Code civil, faisant à un cas particulier l'application du principe général de notre article, disent aussi

qu'un étranger ne pourra recueillir en France, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, que dans le cas où un Français pourrait recueillir dans le pays de cet étranger, d'après un traité. Mais en 1819, une loi du 14 juillet est venue proclamer de nouveau le principe consacré par l'Assemblée constituante et dire que l'étranger pourra, dans tous les cas, recevoir en France comme le Français lui-même.

Cette loi, encore en vigueur aujourd'hui, abroge donc entièrement les art. 725 et 912, et par là même, elle abroge aussi, mais en partie seulement, notre art. 11. En partie seulement; car cet article ne se trouve désormais sans application qu'en ce qui concerne les successions et les donations entre-vifs ou testamentaires; il reste toujours en vigueur pour tous les autres droits civils.

C'est cette loi de 1819 qui, ainsi qu'on l'a dit déjà, ôte quant à présent toute importance pratique à l'erreur que nous avons réfutée sous l'art. 9, n° I, et qui consiste à dire que l'enfant étranger né en France, lorsqu'il accomplit dans l'année de sa majorité les formalités voulues, se trouve Français *rétroactivement et à partir du jour même de sa naissance*. En effet, avant cette loi et sous l'empire des art. 11, 726 et 912 du Code, qui subordonnaient à la qualité de Français la faculté de recueillir des biens en France (excepté dans le cas spécial de traités relatifs à cet objet), il aurait fallu dire, si l'on avait admis la doctrine erronée de Toullier, que cet enfant se trouvant, par l'accomplissement des formalités de l'art. 9, Français *depuis sa naissance même,* pouvait, après cet accomplissement, recueillir les biens à lui laissés, pendant sa minorité, par succession, donation ou legs; tandis que, d'après les vrais principes, ces biens auraient été perdus pour lui, puisque l'accomplissement de ces formalités ne lui confère la qualité de Français que pour l'avenir. La question n'a plus d'intérêt, aujourd'hui que la loi de 1819 admet l'étranger à recueillir en France comme le Français lui-même; mais cet intérêt renaîtrait si cette loi venait à être abrogée, comme il pourrait bien arriver, attendu que c'était vraiment une loi de circonstance.

13. — L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider.

SOMMAIRE.

I. Notre article indique le seul cas où l'étranger ait en France la jouissance de tous les droits civils. — Il reste néanmoins, quant à cette jouissance, plusieurs différences entre lui et le Français.

II. L'autorisation demandée par un chef de famille ne produit d'effet pour sa femme et ses enfants qu'autant qu'ils y sont compris, formellement ou tacitement.

III. Ce n'est pas seulement la jouissance, c'est aussi l'exercice des droits civils qui est accordé à l'étranger; mais il n'a cet exercice qu'à la majorité fixée par la loi de son pays.

IV. Ce n'est pas en cessant de résider en France que l'étranger perdrait les droits civils, mais seulement en cessant d'y être domicilié.

V. Ni l'étranger ainsi autorisé, ni ses enfants, même nés en France, ne seront jamais Français de plein droit. — Erreur de Delvincourt.

I. — 131. Le cas de domicile autorisé (mais l'autorisation est quelquefois tacite : art. 17, n° III) est le seul dans lequel l'étranger puisse jouir de tous les droits civils en France, tout en conservant sa qualité d'étranger. Dans le cas de l'art. 11, comme on vient de le voir, il ne jouit que de quelques-uns de ces droits, de ceux qui sont accordés aux Français dans son pays par les traités passés avec ce pays.

Toutefois, et quoique l'étranger dont parle notre article soit admis à la jouissance de tous les droits civils comme le Français lui-même, il ne faut pas croire que, même sous ce rapport, il se trouve absolument sur la même ligne que celui-ci.

En effet, le droit de se marier à tel âge ou avec une personne parente à un tel degré, le droit de devenir majeur à telle époque, et autres semblables, sont bien aussi des droits civils, et pourtant ces droits divers ne seront pas les mêmes pour l'étranger que pour le Français. Ces droits, en effet, constituent la capacité de l'individu, et comme celui dont nous parlons continue d'être étranger, il reste, quant à cette capacité, soumis aux lois personnelles de son pays.

Il existe entre eux une autre différence importante. En effet, le Français tenant la jouissance des droits civils de la loi seule, un acte du Gouvernement ne saurait les lui enlever ; l'étranger, au contraire, n'ayant cette jouissance qu'en vertu de l'autorisation du Gouvernement, celui-ci peut toujours, en retirant l'autorisation, faire évanouir la condition sous laquelle cette jouissance existe, et par suite, cette jouissance elle-même. Il est encore une troisième différence que nous verrons au n° IV (1).

II. — 132. L'autorisation que l'étranger aurait demandée pour lui seul n'emporterait pas jouissance des droits civils pour sa femme et ses enfants ; il faut, pour qu'ils en jouissent tous, que l'autorisation soit demandée et obtenue pour tous. Mais il n'est pas nécessaire, cependant, que tous soient formellement désignés, soit dans la demande d'autorisation, soit dans les lettres par lesquelles cette autorisation est accordée; les circonstances dans lesquelles l'autorisation a été sollicitée et obtenue prouveront souvent qu'elle l'a été pour la famille entière. Ainsi, l'autorisation accordée à deux époux produirait certainement ses effets à l'égard des enfants qui naîtraient d'eux depuis leur résidence en France ; il est clair que ces enfants étaient tacitement compris dans l'intention et des époux qui demandaient l'autorisation, et du Gouvernement qui l'accordait. Ces enfants, du reste, n'en resteraient pas moins étrangers comme leurs père et mère ; ils auraient seulement, pour devenir Français, le moyen offert par l'art. 9 (2).

---

(1) L'étranger qui réside habituellement en France, sans autorisation préalable du Gouvernement, peut cependant y avoir un domicile de fait entraînant des effets certains, quoique moins étendus que ceux qui sont spécialement énoncés en l'art. 13. Cass., 19 mars 1872 (Dev., 72, 1, 238). Voy. Aubry et Rau (4e édit., p. 311).

(2) *Comp.* Demante (I, p. 281); Richelot (I, p. 77); Aubry et Rau (4e édit., I, p. 255); Massé et Vergé (I, p. 74). Bordeaux, 14 juill. 1845 (Dev., 46, 2, 394).

III. — 133. Il est à remarquer que, dans notre article (et la remarque s'applique aussi à l'art. 11), le mot *jouir* est pris dans un sens générique, pour signifier aussi bien l'exercice que la jouissance proprement dite des droits civils. Il est palpable que le législateur n'a pas eu l'intention d'accorder à l'étranger la jouissance de droits qu'il ne lui serait pas permis d'exercer.

Mais cet exercice, l'étranger ne peut l'avoir qu'à l'époque fixée pour la majorité par les lois de son pays. Il ne peut l'avoir, en effet, que comme le Français lui-même : or, celui-ci ne l'a qu'à sa majorité. Il ne faudrait pas dire : Le Français a cet exercice à vingt et un ans ; donc l'étranger l'aura à vingt et un ans. Ce serait mal raisonner. Le Français a l'exercice de ses droits civils à vingt et un ans, non pas parce qu'il a vingt et un ans, mais parce qu'à cet âge il est majeur ; or l'étranger restant, comme nous l'avons dit, soumis aux lois personnelles de son pays, ne sera majeur qu'à l'époque déterminée par ces lois.

IV. — 134. Il nous paraît certain que par les mots *tant qu'il continuera d'y résider*, le législateur a voulu dire tant qu'il continuera d'y *avoir son domicile*, ce qui est bien différent. La *résidence* est au lieu où l'on demeure actuellement et sans vouloir s'y fixer ; le *domicile*, au contraire, est au lieu du *principal établissement*, au lieu où l'on est toujours d'intention, en quelque sorte, alors même qu'on n'y est plus de fait (voy. l'explication du titre du Domicile, art. 102 et suiv.). Or, dans le contrat intervenu entre le Gouvernement et l'étranger, l'intention commune a été certainement que le bénéfice accordé au dernier ne serait perdu qu'autant qu'il irait *s'établir* ailleurs. La pensée de la loi ne peut pas être qu'un Anglais, par exemple, qui vient s'établir en France avec autorisation et qui va plus tard passer deux ou trois mois en Allemagne dans le but de suivre un procès ou de liquider une succession, perde par cela seul le droit qu'on lui avait conféré. *Cessante causa, cessat effectus,* c'est seulement quand la cause cesse que l'effet doit cesser ; or c'est quand il établit son *domicile* en France que l'étranger obtient la jouissance et l'exercice des droits civils ; c'est donc quand il établira ce *domicile* ailleurs qu'il les perdra.

135. Il y a ici une troisième différence entre cet étranger et le Français. Celui-ci, en effet, ne perd la jouissance des droits civils qu'en perdant la qualité de Français ; or, il ne perdrait pas cette qualité par cela seul qu'il établirait son domicile à l'étranger, mais seulement s'il s'y établissait *sans aucun esprit de retour*, comme on le verra par l'art. 17.

V. — 136. Quel que soit le temps écoulé depuis que l'étranger s'est ainsi fixé en France, il ne sera jamais Français par ce seul fait. Il faudrait, pour le devenir, qu'il demandât sa naturalisation après dix années (1) depuis l'établissement autorisé.

Les enfants de cet étranger, nés en France, auraient en outre, pour

---

(1) Trois années depuis la loi du 29 juin 1867.

devenir Français, le moyen offert par l'art. 9, ainsi qu'on vient de le dire au n° II. Mais eux non plus ne seraient pas Français de plein droit, quoi que dise Delvincourt. « Je pense, dit l'auteur, qu'ils sont Français du moment de leur naissance. En effet, tout individu né en France est Français, sauf l'enfant de l'*étranger proprement dit* et du Français qui a perdu cette qualité. Or, ici, on ne peut pas dire que le père soit *tout à fait étranger*, puisqu'il jouit de tous les droits du Français. »

Mais quel est donc cet état amphibie et monstrueux, dans lequel l'individu sera déjà un peu Français, mais pas entièrement Français : encore un peu étranger, mais *pas étranger tout à fait?* Dans quel texte légal trouvera-t-on les éléments d'une théorie pareille? Cette doctrine est d'autant plus étrange chez Delvincourt, que lui-même rejette et avec raison, comme arbitraire et sans base dans la loi, la décision par laquelle Proudhon attribue à l'étranger, établi en France sans autorisation, la jouissance, non de la totalité, mais d'une partie des droits civils. « Je ne vois dans le Code, dit-il, aucune trace de cet état mitoyen » imaginé par M. Proudhon. » Il n'y en a pas, en effet, et Delvincourt fait bien de repousser cette doctrine que nous combattrons sous l'art. 17. Mais où a-t-il donc trouvé des traces de l'état bien autrement inadmissible qu'il imagine lui-même? L'idée de Proudhon, si elle est arbitraire, n'est pas absurde du moins. On conçoit très-bien une jouissance partielle des droits civils, et cette jouissance partielle est organisée par la loi, non pas, à la vérité, dans le cas dont parle Proudhon, mais dans plusieurs autres circonstances, notamment dans l'art. 18 du Code pénal, pour les condamnés à la déportation. Mais qui donc conçoit un état où l'on est en partie Français et en partie étranger? Certes, s'il faut dire avec Delvincourt, non pas absolument, mais pour le cas dont parle Proudhon : « Un individu jouit en France de tous les droits ci- » vils ou ne jouit d'aucun, à plus forte raison, doit-on lui dire à lui- » même : Un individu, en France, est totalement Français, ou il ne » l'est aucunement. » La jouissance des droits civils est parfaitement divisible; la qualité de Français ne saurait l'être.

Du reste, Delvincourt nous présente, dans la même note précisément, la réfutation de sa propre erreur. En effet, dans l'alinéa précédent, il vient de dire : « A quelles lois personnelles est soumis l'étran- » ger jouissant des droits civils en France?... Aux lois personnelles de » son pays. En effet, *un étranger n'est pas Français;* il jouit des droits » civils; c'est-à-dire qu'au droit qu'il avait de faire certains actes » comme étranger, le Gouvernement ajoute celui de faire tous les » autres ; mais le Gouvernement *ne lui donne pas la qualité de Fran- » çais.* » Ainsi, il est bien entendu avec Delvincourt lui-même que cet individu reste étranger ; mais s'il en est ainsi, ses enfants naissent donc étrangers, sauf à devenir Français par l'un des moyens qu'offre la loi.

14. — L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité

devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers les Français.

SOMMAIRE.

I. Rédaction vicieuse de l'article. — Sa première disposition est conforme aux principes; mais la seconde ne l'est pas.
II. Devant quel tribunal de France l'étranger devra être cité.
III. L'article ne parle que des obligations conventionnelles; il s'applique également, néanmoins, aux engagements formés sans convention, mais non aux matières réelles.
IV. La loi, en outre de la règle de cet article, permet contre l'étranger diverses mesures rigoureuses qu'elle n'autorise pas contre les Français.

I. — 137. Cet article, qui prévoit deux cas tout différents l'un de l'autre, et qui cependant donne pour tous les deux une même décision, aurait dû dès lors le faire par une disposition unique, au lieu de présenter deux phrases distinctes. Nous allons voir tout à l'heure la cause de cette rédaction bizarre; disons auparavant que, si la décision portée successivement dans les deux parties de l'article est, dans le premier cas, logique et conforme aux vrais principes du droit, il est loin d'en être de même dans le second.

Deux causes peuvent attribuer à l'homme le pouvoir de juger ses semblables et de déclarer leurs droits : 1° la mission donnée par le Gouvernement auquel sont soumises ou les *personnes* qu'il s'agit de juger, ou les *choses* sur lesquelles il y a contestation; 2° le consentement de ceux qu'on juge.

Pour le premier cas prévu par notre article, celui d'obligations contractées par l'étranger *en France,* la seconde cause que nous venons d'indiquer existe. L'étranger consent tacitement à être jugé par un tribunal de France, lorsqu'il se dérange pour venir contracter en France avec un Français. Mais il est clair qu'on n'en peut pas dire autant du second cas. Un étranger qui demeure à cinq cents lieues de la France, que le Français a été trouver dans son pays pour contracter avec lui et qui, peut-être, n'est jamais sorti et pensait ne jamais sortir de sa province, ne peut pas être réputé avoir consenti à être jugé en France. Aussi, dans le projet de ce titre, on avait donné pour ce second cas une décision différente. Ceci explique pourquoi notre article dispose séparément pour deux cas qui devraient être réunis en une seule disposition, puisqu'ils reçoivent la même solution : rejetant la décision que présentait le projet dans la seconde partie, on s'est contenté de mettre une affirmation à la place d'une négation, au lieu de refondre tout l'article, comme on eût dû le faire (1).

(1) Sous le nom d'étrangers, on comprend les personnes morales étrangères; par conséquent, un Français actionnaire ou porteur d'obligations d'une société étrangère, peut l'assigner devant les tribunaux français. Cass., 26 juill. 1863, 19 mai 1853, 14 nov. 1864 (Dev., 53, 1, 688; 63, 1, 353; 65, 1, 135; *J. Pal.*, 55, 1, 30; 63, 1022, 65, 290).

II. — 138. Cette faculté, toute d'exception et de faveur pour le Français, de traduire toujours devant les tribunaux de France l'étranger avec lequel il a contracté, fait naître une question dont nous chercherions en vain la solution dans le Code. C'est celle de savoir quel sera celui des tribunaux français devant lequel il faudra traduire l'étranger. Ordinairement, en matière personnelle, c'est-à-dire quand il s'agit d'obligation (et c'est là le cas de notre article), il faut assigner au tribunal du domicile du défendeur : *actor sequitur forum rei* (art. 59 C. proc.). Mais cette règle est inapplicable ici, puisque le tribunal du domicile du défendeur serait un tribunal étranger, et que le Code permet d'assigner devant un tribunal français. Que doit-on décider?

Nous pensons qu'il faut distinguer. S'il s'agit d'une obligation contractée en France, puisque alors, la compétence des tribunaux français est fondée sur ce que l'étranger a tacitement consenti à être jugé par le tribunal du pays où il venait contracter, il est tout naturel de dire que le tribunal compétent sera celui dans le ressort duquel a été contractée l'obligation. Que s'il s'agit d'obligations contractées à l'étranger, toute règle de compétence étant alors méconnue par la loi, il n'est guère possible de désigner rigoureusement tel tribunal plutôt que tout autre. Toutefois, il paraît plus régulier d'aller alors au tribunal du Français demandeur, parce que ce tribunal est du moins celui d'un des deux plaideurs.

Notre article est fait pour tout étranger, *même* pour celui *non résidant en France;* or, s'il s'agissait d'un étranger qui y résidât, la question que nous venons d'examiner ne présenterait plus d'embarras. On serait alors dans la règle ordinaire de l'art. 59 du Code de procédure, qui veut qu'en matière personnelle, l'assignation soit donnée au tribunal du domicile du défendeur, et s'il n'a pas de domicile, au *tribunal de sa résidence.*

III. — 139. L'article, du reste, parle seulement d'obligations *contractées,* et il ne dit rien : 1° du cas d'obligations formées sans convention, sans contrat (art. 1370 et suivants); ni 2° du cas où il ne s'agit plus d'obligations, de droits existant contre la personne seulement; mais de *droits réels,* de droits existant contre et sur la *chose* même, lesquels seront expliqués dans notre second volume, au titre de la Propriété (art. 544 et suivants).

Ainsi, quand je vous intente un procès, en prétendant avoir ou la propriété, ou l'usufruit, ou une servitude de passage sur la ferme que vous possédez, j'argumente là d'un *droit réel.* Si je prétends, au contraire, que vous devez ou me payer une somme de, ou me fournir quelque chose, ou faire quelque chose pour moi, je réclame l'exécution d'un *droit personnel,* d'une *obligation,* et cette obligation peut venir d'un contrat, c'est-à-dire d'une convention arrêtée entre les parties, ou bien d'une cause différente. Si, par exemple, vous avez par imprudence incendié ma maison, vous devez m'indemniser, et votre dette, évidemment, ne naît pas d'un accord, d'une convention entre nous. Il

y a donc les *droits réels* (*jura in re*) et les *droits personnels,* ou obligations, lesquelles se subdivisent en *obligations conventionnelles* et *obligations non conventionnelles.* Le Code donne tout spécialement à ces dernières le nom d'*engagements.*

Or, que décider ici pour les obligations non conventionnelles, et aussi pour les droits réels ? L'article s'applique-t-il également aux unes et aux autres ?

Il s'applique aux premières ; c'est pour tout droit personnel, pour toute obligation, que cette règle est portée ; si le législateur a parlé d'obligations *contractées,* c'est qu'il se préoccupe toujours de *eo quod plerumquè fit,* de ce qui arrive le plus souvent, et que le contrat est la source principale et la plus ordinaire des obligations. Pour tout engagement formé sans convention, comme pour toute obligation conventionnelle, l'étranger débiteur pourra toujours être traduit devant les tribunaux de France ; car les règles de compétence sont les mêmes pour les diverses obligations, de quelque cause qu'elles naissent (1). Mais il en sera autrement pour les droits réels. Ceux-ci sont soumis, sous bien des rapports, et notamment quant à la compétence du tribunal qui doit les déclarer, à des règles différentes de celles qui régissent les droits personnels. Ainsi, d'après l'art. 59 précité du Code de procédure, le défendeur *en matière réelle* doit être assigné devant le tribunal de la *situation de l'objet litigieux.* Pour décider une question réelle, il faudra la plupart du temps se rendre sur les lieux ; c'est donc la force même des choses qui motive la règle de droit que nous rencontrons ici. Aussi, cette règle ne s'applique-t-elle pas seulement d'un tribunal français à un autre tribunal français, mais d'une nation à une autre nation. Les biens d'un pays restent soumis, comme on l'a vu sous l'art. 3, aux lois de ce pays ; or, les tribunaux de chaque pays sont seuls compétents pour en appliquer les lois. Notre article est donc complétement étranger aux affaires réelles, et toutes les fois qu'il s'agira d'un droit réel, il n'y aura plus à considérer si le procès s'agite entre un Français et un étranger, ou entre deux Français, ou entre deux étrangers, ni à rechercher si c'est le Français qui est demandeur contre l'étranger, ou l'étranger contre le Français ; la règle unique et absolue, dans tous les cas, sera de porter l'action au tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien dont il s'agit.

IV. — 140. Au reste, la faculté exorbitante accordée par le Code dans la seconde partie de notre article n'est pas la seule disposition exceptionnelle que la loi porte contre l'étranger au profit des nationaux. Deux lois postérieures au Code, celle du 10 septembre 1807, et celle du 17 avril 1832, qui est venue remplacer la première, permettent, contre l'étranger qui se trouve en France, des mesures rigoureuses motivées par la crainte de le voir échapper aux poursuites du Français.

---

(1) Demante (I, n° 29 *bis*); Demolombe (I, n° 250); Montpellier, 12 juill. 1826; Paris, 17 nov. 1834 ; Rouen, 6 fév. 1841 ; Rej., 13 déc. 1842 (Dev., 36, 2, 471 ; 41, 2, 129 ; 43, 1, 14).

Ainsi, tandis que la contrainte par corps, la prison, ne peut jamais être prononcée contre un Français que dans certains cas tout spécialement déterminés, la loi de 1832, art. 14, veut que tout jugement rendu en faveur d'un Français contre un étranger qui n'a pas son domicile en France, emporte contrainte par corps, lorsque l'objet principal de la condamnation dépasse 150 francs. Bien plus, d'après les art. 15 et 16, l'étranger peut, avant toute condamnation, pourvu seulement que la dette soit exigible, être mis en état d'arrestation provisoire en vertu d'une simple ordonnance du président rendue sur la requête du Français créancier, à moins : 1° que l'étranger ne justifie qu'il possède en France des immeubles ou un établissement de commerce d'une valeur suffisante, ou 2° qu'il ne donne une caution valable domiciliée en France (1).

Nous donnerons de plus longs développements sur cette matière en expliquant le titre de la Contrainte par corps, art. 2059 et suivants.

15. — Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

SOMMAIRE.

I. Cet article n'est que l'application du droit commun.
II. Les art. 14 et 15 ne parlent que de contestations entre un Français et un étranger; si le débat existait entre deux étrangers, les tribunaux français seraient compétents dans trois cas.
III. Exécution, en pays étranger, du jugement français, et réciproquement. — Comment les jugements étrangers doivent être déclarés exécutoires en France. — Critique de M. Duranton, M. Persil, etc., et des arrêts.

I. — 141. Il ne faudrait pas croire que notre article, qui permet à l'étranger de citer devant les tribunaux français, dans tous les cas, le Français qui a contracté avec lui, soit une disposition exceptionnelle portée en faveur de l'étranger comme une juste réciprocité de l'exception rigoureuse que consacre contre lui l'article précédent. Notre article n'est que l'application pure et simple du droit commun, des principes généraux, et sa disposition n'avait pas besoin d'être écrite dans la loi. Il est clair, en effet, qu'on ne peut jamais décliner la compétence de ses juges naturels (2).

II. — 142. Les art. 14 et 15 ne parlent que des jugements à intervenir entre un Français et un étranger; que déciderait-on, quant à la compétence des tribunaux français, s'il s'agissait de deux étrangers?

---

(1) La contrainte par corps est supprimée en matière civile, commerciale et contre les étrangers. — L. 22 juill. 1867.

(2) Les tribunaux français sont compétents pour connaître de la demande formée par une Française en nullité du mariage qu'elle a contracté, même en pays étranger, avec un étranger. Paris, 13 juin 1857, 2 mars 1868 (Dev., 57, 2, 579; 69, 2, 332).

Ils sont compétents pour connaître de la demande formée contre un Français qui n'a acquis cette qualité que par l'effet de la naturalisation, bien que l'obligation soit antérieure à cette naturalisation. Cass., 16 janv. 1867 (Dev., 67, 1, 159).

La contestation entre deux étrangers pourrait être jugée par un tribunal français dans trois cas : 1° lorsque tous deux consentent à être jugés par ce tribunal : c'est alors un arbitrage volontaire, et deux plaideurs sont bien libres de prendre tels arbitres qu'ils voudront ; 2° lorsqu'il s'agit d'un acte de commerce passé en France, parce que, vu la célérité que demandent les affaires commerciales, les deux adversaires sont légalement présumés avoir eu l'intention d'être jugés, le cas échéant, par les tribunaux du pays (1) ; 3° dans le cas où la contestation est relative à des immeubles situés en France, ainsi qu'on l'a dit sous l'article précédent, n° III, *in fine*. Mais il y a cette remarque à faire, que dans les deux derniers cas les tribunaux français seraient tenus de juger, tandis que dans le premier ce ne serait pour eux qu'une faculté, attendu qu'on n'est jamais forcé d'accepter la fonction d'arbitre, et que le *devoir* de juger n'existe pour les tribunaux que dans les cas pour lesquels ils ont mission impérative de la loi (2).

III. — 143. Aucun acte d'exécution ne pouvant se faire dans un pays que par l'autorité du gouvernement de ce pays, il s'ensuit qu'en principe aucun jugement français ne peut s'exécuter à l'étranger, ni aucun jugement étranger s'exécuter en France, que quand il existe un traité qui permette dans chacun des deux pays l'exécution des jugements rendus dans l'autre. Toutefois le législateur français admet pour les jugements étrangers une seconde cause d'exécution en France : c'est, en dehors du cas d'un traité, celui où les jugements auraient été déclarés exécutoires par un tribunal français. En effet, l'art. 2123, dernier alinéa, déclare, d'une part, que l'hypothèque résultera en France des jugements étrangers : 1° quand ils auront été *déclarés exécutoires* par un tribunal français ; 2° quand des lois politiques ou des traités le permettront ; puis l'art. 546 du Code de procédure généralise cette disposition spéciale, en déclarant que *tous les jugements étrangers* seront susceptibles d'exécution en France *de la manière prévue par cet article* 2123.

144. Mais comment le tribunal français rendra-t-il exécutoire le jugement étranger ? S'agit-il d'un simple *visa*, d'un ordre d'exécuter que mettra au bas du jugement le président du tribunal, comme cela se pratique pour rendre exécutoire une sentence arbitrale, d'après les art. 1020 et 1021 du Code de procédure ; ou bien faudra-t-il de nouveau débattre la question et plaider l'affaire devant le tribunal français ?

Nous n'hésitons pas à répondre que ni l'un ni l'autre de ces deux modes ne devra être suivi.

---

(1) Il en est autrement lorsqu'il s'agit de contrats passés à l'étranger et devant être exécutés à l'étranger. Paris, 8 avr. 1865, 8 nov. 1865 (Dev., 65, 2, 210 ; 66, 2, 117 ; *J. Pal.*, 65, 918 ; 66, 476. Pau, 2 fév. 1870 (Dev., 70, 2, 139).

(2) Les tribunaux français sont incompétents pour connaître d'une demande en séparation de corps entre époux étrangers, mais ils peuvent ordonner les mesures nécessaires à la sûreté de la femme et des enfants, ainsi qu'à la conservation de ses biens. Paris, 23 juin 1859 (Dev., 60, 2, 261) ; Angers, 20 fév. 1861 (61, 2, 409) ; Metz, 26 juill. 1865 (Dev., 65, 2, 237).

Et d'abord, il ne s'agit point d'un simple *visa,* d'une simple ordonnance d'*exequatur,* et c'est avec raison que l'idée contraire de quelques auteurs (1) est généralement repoussée. Car, 1° la pensée du législateur n'a pas pu être de faire du pouvoir judiciaire une machine imprimant aveuglément la force exécutoire aux jugements étrangers ; 2° il se pourrait que le jugement étranger présentât des dispositions incompatibles avec l'ordre public français, avec nos lois et nos mœurs, et que dès lors l'exécution n'en pût pas être permise ; 3° enfin, s'il s'agissait de donner un simple *visa,* s'il n'y avait pas de questions à examiner, ce serait le président seul qui en serait chargé, et l'on ne demanderait pas la réunion du *tribunal,* comme le fait l'art. 2123.

Mais il ne peut pas être question, non plus, d'examiner de nouveau le fond de l'affaire, de débattre une seconde fois la contestation, comme on le dit de toutes parts (2).

En effet, dire qu'il faut de nouveau débattre le fond de l'affaire, pour que les juges français apprécient le mérite de la première décision et puissent juger dans le même sens ou dans un sens contraire, c'est faire de ces juges un tribunal de révision et d'appel devant lequel la chose qui était jugée cesse de l'être et est remise en question ; c'est dire que le jugement étranger est non avenu du moment qu'il entre en France, comme un jugement de première instance l'est du moment qu'il se trouve frappé d'appel. Or, qui prétendra que *rendre un jugement exécutoire,* c'est *prononcer sur l'appel de ce jugement?...* Qui s'est jamais avisé de dire que nos Cours d'appel sont établies pour *rendre exécutoires* les jugements de première instance?... Qui ne voit que ce serait là la violation la plus entière, la contradiction la plus complète des art. 2123 du Code civil et 546 du Code de procédure, puisque ce serait dire qu'il faudra, sur la même question, remplacer le jugement étranger par un jugement français ; que dès lors *un jugement étranger ne s'exécutera* JAMAIS *en France ;* tandis que la règle des art. 2123 et 546 est que, sous la condition prévue, les jugements étrangers doivent s'exécuter chez nous?...

Les jugements étrangers pourront s'exécuter en France. Voilà une première idée bien claire, une disposition que nous devons accepter d'autant plus sûrement comme l'expression de la pensée principale du législateur, que pour porter cette disposition, il renverse l'idée contraire de l'ancien droit, qui disait positivement, dans l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que les jugements étrangers ne pouvaient *avoir aucune exécution en France.* Mais maintenant, comme un acte d'autorité ne doit jamais s'appliquer dans un pays que par l'ordre du souverain de ce pays, ordre émané soit de lui-même, soit des fonctionnaires

(1) Pigeau (*Proc.*, part. 5, tit. 3); Fœlix (p. 389); Massé (II, 305).

(2) Merlin (*Quest.*, v° Jugem., § 14, II); Toullier (X, 85); Duranton (I, 155); Persil (art. 2123, n° 17); Grenier (*Hyp.*, I, 207); Troplong (*Hyp.*, II, 451); Boncenne (III, p. 223); Rej., 19 avr. 1819; Toulouse, 27 déc. 1819; Grenoble, 3 janv. 1829; Paris, 17 mai 1836; Douai, 3 janv. 1845 (Dev., 36, 2, 309; 45, 2, 513). — *Adde :* Paris, 20 nov. 1848, 22 nov. 1851; Cass., 27 déc. 1852; Douai, 22 déc. 1863; Paris, 22 avr. 1864 (Dev., 49, 2, 11; 51, 2, 783; 53, 1, 94; 65, 2, 60; *J. Pal.*, 52, 1, 343).

qu'il délègue à ce sujet, il faudra donc l'intervention du pouvoir judiciaire français.

Jusque-là, et si l'on s'en tenait à cette première idée, il suffirait du simple *visa* d'un président de tribunal, ainsi que cela se pratique pour les jugements arbitraux. Mais, en outre, le jugement dont il s'agit émanant de magistrats étrangers, de magistrats qui ne connaissent pas nos lois françaises et les principes qui sont considérés en France comme d'ordre public, de magistrats qui ne sont pas familiers avec nos mœurs, nos idées religieuses, qui ignorent nos modes de poursuite et d'exécution, etc., etc., il s'ensuit que le point de savoir si ce jugement peut ou non s'exécuter, si ces différentes prescriptions sont en harmonie ou en contradiction avec l'ensemble des règles en vigueur chez nous, peut offrir à juger de nombreuses et délicates questions, pour la décision desquelles il était indispensable de convoquer un tribunal entier, quoiqu'il ne s'agisse pas de débattre de nouveau la contestation.

Voilà toute la pensée du législateur. Elle est assurément bien simple, et s'il est évident qu'il ne peut pas s'agir ici d'un simple *visa* ou *pareatis*, il n'est pas moins évident qu'on ne peut pas assimiler et prétendre identiques deux règles dont l'une *prohibait toute exécution* en France du jugement étranger, et admettait la partie condamnée *à débattre de nouveau ses droits comme entiers*, tandis que l'autre veut que ce jugement ait son effet en France à la condition d'être déclaré exécutoire (*Conf.* Boitard, *Procéd.*, II, n° 321).

145. Il est, au surplus, bien reconnu aujourd'hui (et ce point, en effet, est évident aussi en présence de la disposition absolue des articles 2123 C. civ. et 546 C. pr.) que la règle doit s'appliquer sans distinction du point de savoir si le jugement a été rendu pour ou contre un étranger ou un Français (1).

16. — En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce payement.

SOMMAIRE.

I. But de l'article. — Cette garantie se nomme Caution *judicatum solvi*. — Il suffit que la caution soit domiciliée en France.

II. La caution ne serait pas due à un défendeur qui serait lui-même étranger. — Erreur de Merlin, Zachariæ, M. Coin-Delisle, M. Valette, etc.

III. Il y a dispense de caution dans cinq cas.

IV. L'étranger est dispensé par cela seul qu'il possède des immeubles en France et sans être tenu de consentir hypothèque dessus. — Erreur de Delvincourt.

V. En appel, il n'y a lieu à caution que dans un cas unique.

---

(1) Est valable la convention par laquelle des Français passant entre eux un contrat en pays étranger attribuent compétence, en cas de difficulté, à un tribunal du pays. Cass., 19 déc. 1864 (Dev., 65, 1, 217); Nîmes, 20 août 1866 (Dev., 67, 2, 177).

VI. L'étranger ne peut, comme le Français, faire cession judiciaire de ses biens. — Renvoi à l'art. 2219 pour la prescription entre Français et étrangers.
VII. Transition au chapitre II.

I. — 146. Cet article a eu pour but d'empêcher qu'un étranger ne vînt intenter à un Français une action mal fondée et ne disparût ensuite, sans payer les frais que celui-ci aurait été obligé de faire pour se défendre, ni les dommages-intérêts du préjudice que cette action vexatoire aurait pu lui causer.

Ainsi donc, l'étranger, demandeur contre un Français, doit, sauf les cas de dispense dont nous parlerons au n° III, lui donner caution. On appelle *caution* une personne qui répond de l'obligation d'une autre. Dans notre espèce, la personne qui vient ainsi garantir l'obligation éventuelle de l'étranger demandeur se nomme *caution* JUDICATUM SOLVI, caution pour le payement de ce qui sera jugé.

D'après l'art. 2018, au titre du Cautionnement, il faut que la personne donnée comme caution ait la capacité de contracter et possède des biens suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation. Mais où, dans le cas de notre article, la caution doit-elle être domiciliée?... D'après la règle générale de cet art. 2018, la caution doit être domiciliée dans le ressort de la Cour d'appel; mais nous croyons qu'on ne peut pas l'exiger ici. En effet, qu'a voulu le législateur?... Que l'étranger demandeur, qui ne possède pas en France d'immeubles suffisants, présente, pour répondre de lui, une personne qui en possède, et voilà tout; en quelque lieu que soit domiciliée la caution, pourvu, bien entendu, que ce soit en France, le Français défendeur est sûr d'avoir l'indemnité qui pourra lui être due. D'ailleurs, la disposition de notre article est de droit rigoureux et exceptionnel; il ne faut donc pas l'étendre au delà de ses termes. Enfin, si l'on veut, pour arriver à un résultat plus sûr, combiner cette disposition avec quelque autre, c'est bien moins à l'art. 2018 qu'il faut se référer, qu'aux lois, déjà citées dans l'article précédent, des 10 sept. 1807 et 17 avr. 1832, lesquelles s'occupent, comme notre article, d'une caution à donner par l'étranger, et pour des motifs tout à fait analogues : or, ces deux lois, la première par son art. 3, la seconde par son art. 14, demandent seulement une caution *domiciliée en France*.

II. — 147. C'est un point très-controversé, mais qui nous paraît cependant fort simple, que celui de savoir si la caution *judicatum solvi* peut être exigée par un étranger qui consent à défendre devant un tribunal français ou qui se trouve contraint d'y défendre dans les deux cas que nous avons indiqués à l'article précédent. On dit pour l'affirmative que dans notre ancien droit la caution était due aussi bien aux étrangers plaidant en France qu'aux Français, et que rien n'indique que notre législateur ait entendu s'écarter de cette ancienne règle (1). Mais nous pensons avec M. Duranton (1, 166), M. Dalloz

(1) Merlin (*Rép.*, v° Caut. judic.); Delvincourt (t. I); Favart (v° *Excep.*); Delaporte

(v° *Except.*, § 1, p. 11) et M. Demolombe (I, 255), que la caution n'est due qu'au Français. C'est aussi à cette doctrine que se range la jurisprudence.

D'abord, il est incontestable que la faculté de demander cette caution n'appartient en rien au droit naturel ; c'est un pur droit civil, qui ne pourrait dès lors appartenir à l'étranger qu'en vertu d'un texte exprès et que celui-ci, d'après les art. 11 et 13, ne pourra réclamer que quand une autorisation d'établissement lui aura conféré la jouissance des droits civils, ou quand il appartiendra à un pays où le Français jouirait d'un bénéfice semblable d'après les traités. — Ainsi, quand il serait vrai que cette règle existait dans l'ancien droit, l'abrogation prononcée par la loi du 21 mars 1804 de toutes les lois ou coutumes relatives aux matières dont s'occupe le Code civil l'aurait supprimée. Mais il y a plus, cette ancienne règle, que l'on prétend conservée par notre article, était fort différente de la règle actuelle : on voit dans Denizart (v° *Caut. judic.*, n° 8), Bacquet (ch. 17, n° 2), Brillon (*Dict. des arrêts*), Pothier (*Personn.*, art. 1, tit. 2, sect. 2), qu'elle consistait à soumettre les deux plaideurs étrangers à se donner une caution réciproque. Or, il n'existe rien de semblable aujourd'hui, et suivre le système de nos adversaires, dans lequel l'étranger pourrait comme le Français exiger la caution, sans la donner, ce serait encore changer l'ancienne jurisprudence. — Enfin, s'il pouvait rester des doutes, ils disparaîtraient par l'examen des travaux préparatoires, que nous nous étonnons de plus en plus de voir si négligés par les auteurs. Lors de la discussion au Conseil d'État, alors que notre article n'existait pas encore, le ministre de la justice demande que la caution *judicatum solvi* soit accordée comme « garantie *au citoyen* qui plaide contre un étranger ; » et M. Tronchet ayant proposé de ne mettre cette règle que dans le Code de procédure, le consul Cambacérès lui répond que « il y aurait du danger *pour les Français* de remettre à un temps plus éloigné à leur donner cette sûreté. » Plus loin, dans la discussion devant le Tribunat, on dit également : « On ne peut qu'applaudir à la disposition d'après laquelle tout étranger qui voudra poursuivre un *Français*, sera tenu de donner une garantie pour les frais du procès (Fenet, t. VII, p. 13 et 330).

Aussi, après avoir été jugée dans ce sens par plusieurs arrêts de Cours d'appel, la question s'est enfin présentée à la Cour suprême en 1842, et y a reçu la même solution, à la suite de l'examen le plus large et le plus approfondi, par un arrêt qui ne saurait manquer, comme le disait le rapporteur, de servir de règle à la jurisprudence sur ce point (1).

(art. 16); Maleville (*ibid.*); R. de Villargues (v° *Etrang.*, n° 33); Zachariæ (I, p. 166); Coin-Delisle (n° 3); Valette (sur Proudhon, I, p. 157, n° 2); Duvergier (sur Toullier, I, 205); Paris, 28 mars 1832, 30 juill. 1834.

(1) Orléans, 26 juin 1828; Pau, 3 déc. 1836; Rej., 15 avr. 1842 (Dev., 42, 1, 475). *Adde* : Paris, 12 avr. 1856 et 2 juill. 1861 (Dev., 57, 2, 104 ; 61, 2, 614 ; *J. Pal.*, 56,

III. — 148. L'étranger demandeur est dispensé de fournir la caution dont il s'agit dans cinq cas, savoir :

1° Quand il s'agit d'affaires commerciales, à cause de la promptitude avec laquelle il importe de les terminer (*texte de notre article*) ;

2° Quand l'étranger possède en France des immeubles suffisants pour assurer le recours que le Français défendeur pourrait avoir à exercer contre lui (*ibid.*) ;

3° Lorsqu'il consigne la somme déterminée par le tribunal (art. 167 C. pr.) ;

4° Quand les traités passés entre la France et le pays de cet étranger dispensent de cette caution (art. 11) ;

5° Enfin, quand ces traités permettent d'exécuter les jugements français dans le pays de cet étranger.

Cette dernière cause de dispense peut paraître douteuse ; mais elle nous paraît devoir être admise également. Alors, en effet, le Français ne craint plus d'être mis, par la faute de l'étranger, dans l'impossibilité de faire exécuter le jugement ; le motif qui a dicté notre article n'existe donc plus, et c'est le cas de dire, ce nous semble : *Cessante causa, cessat effectus.*

IV. — 149. Dans le cas de la seconde exception ci-dessus, c'est-à-dire quand l'étranger possède en France des immeubles suffisants, le Français peut-il obtenir hypothèque sur ces immeubles ?

Non ; nous sommes ici en droit rigoureux et exceptionnel, et, dès lors, on ne doit pas sortir du texte de la disposition. Or, d'après ce texte, il y a dispense de caution, lorsque l'étranger *possède en France des immeubles*, et non pas *lorsqu'il donne hypothèque* sur ces immeubles (1).

2, 333). M. Duranton, dans son édition soi-disant *augmentée de l'analyse de la jurisprudence*, ne cite aucun de ces arrêts ; et c'est la cinquième fois déjà que nous avons occasion de faire remarquer cette contradiction de l'ouvrage avec la promesse du titre (art. 1, n° IV ; art. 2, n° XIII ; art. 3, n° VII ; art. 8, n° II). Cette contradiction est en effet très-fréquente, trop fréquente pour que nous ayons pu nous dispenser de prémunir, autant qu'il était en nous, contre l'erreur dans laquelle beaucoup de personnes seront inévitablement induites.

Nous ne nous astreindrons pas, on le pense bien, à relever une à une dans le cours de notre ouvrage les nombreuses omissions que l'annonce du titre de M. Duranton rend si dangereuses. Disons seulement, pour exemple, qu'il est tel passage où le savant professeur, en soutenant une doctrine *repoussée par seize arrêts*, ne cite qu'un seul de ces arrêts et le présente *comme conforme* à son opinion (voy. notre tome IV, art. 1273, n° III) ; que, dans un autre passage, il déclare sa décision (erronée selon nous) conforme à la jurisprudence de la Cour suprême en invoquant un ancien arrêt de rejet, alors que cette Cour a jugé le contraire par plusieurs arrêts récents, dont l'un *de cassation* du 22 juin 1841 (*ibid.*, n° V) ; et que, dans notre tome III seulement, on compte *soixante-douze arrêts* importants, dont pas un n'est indiqué dans la nouvelle édition du savant professeur. Sans doute, une analyse sérieuse de la jurisprudence, si utile qu'elle puisse être, n'est pas indispensable dans un ouvrage de doctrine ; mais quand tous les auteurs (voy. MM. Zachariæ, Coin-Delisle, Duvergier, Troplong, Demolombe) s'imposent le devoir de la donner, quoique leur titre ne la promette pas, il est gravement nuisible au progrès de l'étude que le seul ouvrage qui la promet soit précisément le seul qui ne la donne pas.

(1) *Sic* : Merlin (*Rép.*, v° *Caut. jud. solvi*) ; Duranton (I, n° 162) ; Coin-Delisle (art. 16, n° 10) ; Aubry et Rau (t. VI, p. 307) ; Demolombe (n° 259) ; Massé et Vergé (t. I, p. 80) ; Demante (I, n° 30 *bis*).

Il est vrai que cet étranger pourrait, dans le cours du procès, vendre ces immeubles, puis disparaître, et que dès lors il eût été plus prudent d'accorder hypothèque au Français ; il est vrai que, pour atteindre complétement le but qu'il se proposait, le législateur eût bien fait de forcer l'étranger de donner au Français l'assurance, non pas seulement que l'adversaire de celui-ci possède des immeubles au jour où il intente l'action, mais aussi, et surtout, qu'on trouvera encore ces immeubles au jour qu'il s'agira d'exercer un recours sur eux. Or, c'eût été là précisément l'effet de l'hypothèque, puisque cette hypothèque a pour unique résultat de donner à celui à qui on la concède, le droit de suivre les biens en quelques mains qu'ils passent, pour se faire payer dessus. Tout cela est vrai ; mais enfin, ce que la loi eût pu et dû faire, elle ne l'a pas fait, et les tribunaux ne doivent pas refaire la loi, mais l'appliquer telle qu'elle est. L'opinion contraire de Delvincourt (t. I) nous paraît donc une erreur (1).

D'après cet auteur, cette hypothèque existerait même par la force des choses, par la raison qu'il faudra *un jugement* qui déclare et constate l'existence d'immeubles suffisants, et que *tout jugement*, aux termes de l'art. 2123, 1er alinéa, emporte hypothèque. Mais c'est là une autre erreur; nous verrons, sous cet art. 2123, que l'hypothèque ne résulte que des jugements *prononçant une condamnation;* or, il n'y a aucune condamnation au profit du Français contre l'étranger, dans un jugement qui déclare que *cet étranger n'est point tenu de donner caution au Français.*

V. — 150. En appel, il n'y a qu'un seul cas où l'étranger demandeur puisse être astreint à fournir caution.

En effet, si en première instance cet étranger était défendeur pour le jugement dont il appelle aujourd'hui, il n'était pas tenu de donner caution, et l'appel qu'il interjette n'est au fond qu'un nouveau moyen de défense, une nouvelle voie pour repousser l'action qu'on lui a intentée (2).

Que si, en première instance, il était demandeur, la caution a dû lui être demandée, et si elle a été donnée, elle n'est pas déchargée encore, puisque l'affaire n'est pas terminée. S'il n'en a pas donné, c'est ou que son demandeur, pouvant en exiger une, ne l'a pas fait, ou bien qu'il était dans un cas de dispense. Si c'est le défendeur qui n'en a pas exigé, il a donc renoncé à son droit, et c'est là un contrat tacite qu'il ne peut rompre aujourd'hui. Que si l'étranger se trouvait avoir une cause de dispense, ou bien cette cause dure encore, et alors on ne peut pas lui demander caution, ou bien elle a cessé, et alors la caution peut être exigée. C'est là le seul cas où elle puisse l'être.

VI. — 151. Pour compléter le tableau des principales différences qui existent entre le Français et l'étranger, nous devons dire ici que ce dernier ne peut jamais faire une cession judiciaire de ses biens, c'est-

(1) *Adde :* Boncenne (t. III, p. 93); Chauveau sur Carré (*Quest.*, 708 *bis*).
(2) Limoges, 20 juill. 1832; Paris, 31 janv. 1835, 18 mai 1844 (Dev., 32, 2, 594; 35, 2, 82).

à-dire forcer ses créanciers à lui laisser sa liberté, en prenant les biens qui lui restent. Ce bénéfice, accordé au Français par l'art. 1268 du Code civil, est refusé formellement à l'étranger par l'art. 905 du Code de procédure.

Quant au point de savoir si et comment la prescription peut courir entre Français et étrangers, nous l'examinerons sous l'art. 2219, au titre de la Prescription.

Du reste, ce que nous avons dit de l'étranger sous notre article, et au n° 2 de l'art. 14, ne s'applique qu'à l'étranger ordinaire et non point à l'étranger privilégié, c'est-à-dire admis par l'autorisation du Gouvernement à établir son domicile en France. Ce dernier, en effet, est, quant à la jouissance des droits civils, assimilé au Français, excepté pour ce qui touche à sa capacité personnelle : par exemple, l'âge où il sera majeur, l'âge où il pourra se marier, etc., ainsi qu'on l'a expliqué sous l'art. 13. Ainsi, cet étranger privilégié ne sera point tenu de donner la caution exigée par notre article; il pourra être admis au bénéfice de cession; les jugements rendus contre lui n'emporteront pas contrainte par corps, et il ne pourrait pas être arrêté provisoirement. (Il suffirait d'ailleurs, pour ces deux derniers points, qu'il fût domicilié en France, même sans autorisation du Gouvernement; car ces rigueurs ne sont autorisées par la loi du 17 avril 1832 que contre l'étranger non domicilié) (1). Les différents bénéfices, les facultés diverses dont l'étranger ordinaire est privé constituent des droits civils; or l'étranger admis à s'établir en France par autorisation du Gouvernement jouit de tous les droits civils.

VII. — 152. Nous venons de voir, par les art. 11, 13, 14, 15 et 16, les principales différences qui existent, quant à la jouissance des droits civils, 1° entre les Français et les étrangers privilégiés; 2° entre les Français et les étrangers ordinaires; 3° entre les deux espèces d'étrangers. Nous allons voir, dans le chapitre II, par quelles causes les Français peuvent être privés de leurs droits civils.

Quant à l'étranger admis à en jouir d'après l'art. 13, on sait déjà qu'il les perd, soit quand il cesse d'avoir son domicile en France, soit quand le Gouvernement lui retire l'autorisation qu'il avait d'abord obtenue.

CHAPITRE II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

17. — La qualité de Français se perdra, 1° par la naturalisation acquise en pays étranger; 2° par l'acceptation non autorisée par le Président de la République de fonctions publiques conférées par un

(1) La contrainte par corps est abolie contre les étrangers. — L. 22 juill. 1867.

gouvernement étranger; 3° enfin par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour.

Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour.

SOMMAIRE.

I. La qualité de Français se perd par cinq causes, dont trois seulement sont indiquées dans notre article. — Elle ne se perdrait point par la naturalisation demandée, mais non obtenue. — Ni par la denization.

II. L'établissement de commerce ne suffit jamais, par lui seul, pour prouver la perte de l'esprit de retour. — Cette perte ne se présume jamais.

III. Il ne faut pas conclure, par *à contrario* de cet article, que l'étranger devient Français en s'établissant en France sans esprit de retour dans son pays. — Double erreur de Proudhon.

IV. Observations sur le texte primitif de cet article.

I. — 153. Cinq causes peuvent faire perdre la qualité de Français; trois de ces causes sont indiquées par notre article, la quatrième l'est par l'art. 19, la cinquième par l'art. 21.

La première de ces cinq causes, c'est la naturalisation acquise en pays étranger. Il faut qu'elle soit acquise; il ne suffirait pas qu'elle eût été demandée, il est nécessaire qu'elle ait été obtenue. Il ne suffirait pas non plus qu'il y eût *denization*.

La denization est, en Angleterre, une autorisation accordée par le Roi d'établir son domicile, et en vertu de laquelle on jouit des mêmes libertés, franchises et priviléges que les Anglais. Elle répond donc à l'autorisation que, chez nous, le Gouvernement peut accorder d'après l'art. 13. La denization s'obtient par lettres patentes du Roi, tandis que la naturalisation ne peut être accordée que par un bill du Parlement. Cette denization ne donne pas plus la qualité d'Anglais que, chez nous, l'autorisation de l'art. 13 ne donne la qualité de Français. L'article ne s'applique donc pas à la denization (1).

II. — 154. La deuxième cause indiquée par notre article est suffisamment claire et ne demande pas d'explication. Remarquons seulement qu'ici, également, il faut que les fonctions aient été *acceptées* sans l'autorisation du Gouvernement français; il ne suffirait pas qu'elles eussent été sollicitées ou offertes (2). Mais il nous faut donner quelques mots de développement sur la règle relative à la troisième cause.

L'article nous dit qu'un établissement de commerce ne peut jamais être considéré comme fait sans esprit de retour. Or, il ne faudrait pas prendre ceci à la lettre; la proposition deviendrait fausse, si on l'entendait dans un sens absolu.

---

(1) Demolombe (I, n° 179); Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 268); Cass., 19 janvier 1819; Paris, 17 juillet 1820; Rej., 29 août 1822; Cass., 29 août 1822; Bordeaux, 14 mars 1850; Paris, 27 juillet 1859 (Dev., 1825, 1, 131; 52, 2, 561; 59, 2, 677).

(2) Décidé que l'acceptation par un Français, sans l'autorisation du Gouvernement, de la place de directeur d'un conservatoire de musique à l'étranger, lui fait perdre sa qualité de Français. Paris, 23 juin 1859 (Dev., 60, 2, 261; *J. Pal.*, 60, 86).

Si, en effet, à cette circonstance qu'un Français a formé en pays étranger un établissement de commerce, venaient se joindre d'autres circonstances qui, réunies à la première, prouveraient la perte de l'esprit de retour, il est clair qu'on pourrait argumenter de cette première circonstance aussi bien que des autres (1). Ce qu'a voulu dire le législateur, et ce à quoi se réduit la différence qu'il signale ici entre l'établissement de commerce et tout autre établissement, c'est que l'établissement de commerce ne suffira jamais, *quand il sera seul*, pour prouver l'absence de l'esprit de retour, tandis qu'un autre établissement pourrait suffire par lui-même. *Conf.* M. Coin-Delisle (n° 17), M. Richelot (p. 144). *Adde* Aubry et Rau (4e édit., p. 272).

On a écrit que le sens de cette phrase était qu'en cas d'établissement de commerce, la perte de l'esprit de retour ne pourrait pas se présumer, mais devrait être prouvée : ce n'est nullement là ce que la loi veut dire; car ce n'est pas seulement dans ce cas particulier, mais aussi dans toute autre circonstance, que la perte de l'esprit de retour doit être prouvée. C'est un principe général que la renonciation à un droit ne se présume jamais; or, si c'est là une règle invariable et qu'on doive suivre partout, il est clair qu'on ne peut pas s'en écarter, alors surtout qu'il s'agit de la renonciation à une qualité aussi importante que celle de Français.

III. — 155. Quelques jurisconsultes, notamment Delvincourt (t. Ier), raisonnant par argument *à contrario* du 3° de notre article, veulent qu'on regarde comme Français celui qui s'est établi définitivement en France sans esprit de retour dans son pays, et dont l'intention, sous ce rapport, est suffisamment manifeste. Il serait insoutenable, disent-ils, de prétendre que des individus qui sont venus s'établir en France, il y a cent ou deux cents ans, sont toujours étrangers, parce que ni eux ni leurs pères ne se sont fait naturaliser; on doit donc les reconnaître pour Français... Nous avions jusqu'en 1849 admis cette décision, pour ceux que le Gouvernement aurait appelés à s'acquitter des charges réservées aux Français, parce qu'alors, disions-nous, il est intervenu, entre eux et le Gouvernement, un contrat tacite par lequel celui-ci a donné, et l'étranger a accepté la qualité de Français. Mais d'après la loi du 22 mars 1849, cette concession restreinte doit encore être rejetée, puisqu'on a vu (art. 12) que le service militaire lui-même, accepté par ces étrangers en exécution de la loi du recrutement, leur laisse, d'après cette loi, leur qualité d'étrangers. Seulement cet état de choses ne pourra plus, d'après la loi du 7 février 1851, se perpétuer indéfiniment pour toute une série de générations, puisque celui qui naîtra en France d'un étranger né lui-même en France sera désormais Français d'après l'art. 1er de cette loi, sauf à lui à renoncer à cette qualité.

156. Du reste, si l'appel du Gouvernement au service militaire ne confère point la qualité de Français, il est évident qu'il contient du

(1) Colmar, 19 mai 1868 (Dev., 68, 2, 245).

moins l'autorisation d'être établi en France, et qu'il donne ainsi, à ceux qui ne l'avaient pas jusque-là, la jouissance des droits civils. Proudhon est donc doublement dans l'erreur quand il dit (I, ch. 12) que l'*incolat*, c'est-à-dire le fait de l'établissement en France (de *incolare*, habiter), donne à l'individu, sans distinction, non pas la totalité, mais une certaine partie des droits civils. En effet, tant que l'étranger ne peut argumenter que de son établissement de domicile en France, il est clair qu'il ne peut réclamer aucuns droits civils, puisque leur jouissance ne résulte, d'après l'art. 13, que d'un établissement fait *d'après une autorisation du Gouvernement*. Mais si, au contraire, l'étranger a été appelé à partager les charges qu'on n'impose qu'aux Français, et qu'il les ait acceptées, il est clair qu'il y a alors de la part du Gouvernement autorisation tacite, et que dès lors cet étranger peut réclamer, non pas une partie seulement, mais la totalité des droits civils.

IV. — 156 *bis*. Dans le texte primitif du Code, notre article présentait une quatrième cause de perte de la qualité de Français. C'était « l'affiliation à toute corporation étrangère, exigeant des distinctions de naissance. » Cette phrase de l'édition républicaine fut retranchée dans l'édition impériale, en 1807, alors qu'on rétablissait les titres de noblesse. « Aujourd'hui que la Constitution de 1848 (art. 10) a de nouveau supprimé ces titres, il serait logique de rétablir cette disposition » ; mais c'est au pouvoir législatif qu'il appartient de la rétablir, et tant qu'il ne l'aura pas fait, cette ancienne règle ne saurait être invoquée (1).

18. — Le Français qui aura perdu sa qualité de Français, pourra toujours la recouvrer en rentrant en France avec l'autorisation du Président de la République, et en déclarant qu'il veut s'y fixer, et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française.

I. — 157. La renonciation exigée par cet article à toute distinction contraire à la loi française, et dont la portée primitive s'était trouvée fort restreinte par le rétablissement des titres de noblesse, a repris depuis 1848 l'étendue qu'elle avait lors de la confection du Code, puisque, comme on vient de le dire, les titres de noblesse sont de nouveau proscrits par la Constitution (art. 10) (2).

19. — Une femme française qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari.

Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Président de la République, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

---

(1) Le décret du 24 janvier 1852 a abrogé celui du 29 février 1848 concernant les anciens titres de noblesse.

(2) Voir la note ci-dessus.

I. — 158. Cet article nous indique la quatrième manière de perdre la qualité de Français : c'est, pour la femme française, son mariage avec un étranger. Mais l'article va trop loin et se trouve inexact, quand il nous dit que ce mariage aura pour effet de faire suivre à la femme la condition de celui qu'elle épouse.

Le législateur, en effet, peut bien enlever à un Français la qualité de membre de la société française ; mais son pouvoir ne va pas jusqu'à lui conférer la qualité de membre de telle autre société. La première disposition de notre article signifie donc seulement que la femme française qui épouse un étranger, perd sa qualité de Française.

D'après les lois anglaises, la femme étrangère qui épouse un Anglais ne devient point Anglaise, et réciproquement l'Anglaise qui épouse un étranger n'en reste pas moins Anglaise. Ainsi, de la disposition de notre art. 19, rapprochée de la loi anglaise, il résulte que la femme française qui épouse un Anglais cesse d'être Française, sans devenir Anglaise, et, par conséquent, n'appartient plus à aucune nation ; tandis que, par le résultat de cette même loi anglaise combinée avec l'art. 12 ci-dessus, l'Anglaise qui épouse un Français se trouve rester Anglaise et devenir Française en même temps, en sorte qu'elle a deux patries.

Il est inutile de dire que, dans cette contradiction de vues entre la loi française et la loi anglaise, c'est la nôtre qui se montre la plus sage et la plus logique, puisqu'elle consacre ici cette idée du christianisme, idée si vraie et si naturelle, si belle et si profonde, que la femme est comme l'accessoire et le complément de l'homme, *adjutorium simile sibi,* destinée à former avec lui un seul tout, un seul être jusqu'alors incomplet, *duo in carne una*. Nous verrons notre Code, au titre du Contrat de mariage, art. 1382 et suiv., consacrer encore cette idée, quant aux biens des époux, en adoptant pour le droit commun le régime de la communauté.

II. — 159. Faut-il aussi, d'après notre article, dire que la qualité de Française s'évanouit pour la femme dont le mari, Français lors de son mariage, perd ensuite cette qualité par l'une des causes indiquées en l'art. 17 ? M. Zachariæ répond affirmativement (I, p. 328, note 7) ; mais nous ne saurions admettre cette opinion. Dans le cas de notre article, il s'agit d'une femme qui épouse volontairement un étranger ; dans l'hypothèse proposée, au contraire, la femme a épousé un Français, et en accompagnant plus tard son mari en pays étranger, elle n'a nullement prouvé qu'elle renonçât à sa patrie ; elle n'a fait qu'accomplir un devoir, devoir que lui impose la loi française elle-même dans l'art 214, en lui commandant *d'habiter avec son mari et de le suivre partout*. C'est donc avec raison que les auteurs et les arrêts déclarent que la femme continue alors d'être Française (1).

Du reste, il nous paraît évident que le bénéfice accordé par notre

(1) Maleville, Delvincourt, Duranton (I, 189); Coin-Delisle (n° 2); Valette (sur Proudhon, I, p. 126); Aubry et Rau (4e édit., t. Ier, p. 273); Paris, 21 juillet 1818, 7 août 1840 (*J. Pal.*, 1840, t. II, p. 747).

article, à la femme redevenue libre par la mort de son mari, appartiendrait également à celle qui le serait devenue par un divorce légalement prononcé en pays étranger : son mariage seul l'empêchait d'être Française, elle pourra donc l'être dès qu'elle ne sera plus femme mariée (1).

20. — Les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque.

I. — 160. On sait déjà que la disposition de cet article a été motivée par le désir de faire cesser la controverse qui existait autrefois sur le point de savoir si les individus dont il y est question ne devraient pas recouvrer ce titre de Français rétroactivement et à partir du jour même où il avait été perdu.

On se rappelle également que notre article présente l'un des arguments décisifs contre la doctrine de Toullier, qui attribue à l'enfant étranger né en France, et qui accomplit les formalités de l'art. 9, la qualité de Français à partir de sa naissance même. En effet, cet enfant étranger est vu par la loi moins favorablement que celui né d'un ex-Français et dont parle l'art. 10, puisqu'on ne lui permet que *dans l'année de sa majorité* ce qui est permis à celui-ci *à toute époque;* or, ce dernier lui-même ne devient Français, d'après notre article, que pour l'avenir; donc, il doit en être de même de l'autre, à plus forte raison.

21. — Le Français qui, sans autorisation du Président de la République, prendrait du service militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français.

Il ne pourra rentrer en France qu'avec la permission du Président de la République, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen; le tout sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.

I. — 161. Le premier alinéa de cet article nous fait connaître la cinquième et dernière manière de perdre la qualité de Français. Cet article, on le voit, traite rigoureusement le Français qui a cessé de l'être par les causes qu'il prévoit. Ce Français ne peut recouvrer son ancienne qualité que par le moyen offert à l'étranger pour l'acquérir, c'est-à-dire dix années (2) de stage; il ne peut même, et sous ce rap-

---

(1) *Conf.* Demolombe (I, 170); Lyon, 11 mai 1835 (Dev., 35, 2, 191).
(2) Trois années. — L. 27 juin 1867.

port il est traité plus défavorablement que l'étranger, rentrer sur le territoire français qu'avec la *permission* du Gouvernement.

II. — 161 *bis*. On s'est demandé si, pendant les dix années de stage (1), cet ancien Français pourrait, comme l'étranger, avoir au moins la jouissance des droits civils; et quelques jurisconsultes ont répondu que non, en se fondant sur ce qu'il est traité plus défavorablement que l'étranger, et se trouve réellement dans un état de punition.

Nous ne saurions adopter cette décision. Ce Français est traité, il est vrai, plus défavorablement que l'étranger sous le rapport de sa rentrée en France, mais rien ne nous autorise à dire qu'il en doive être de même pour le moyen de redevenir Français. On ajoute qu'il est dans un état de punition; c'est vrai encore, mais c'est précisément parce qu'il s'agit d'une punition qu'il faut bien se garder de lui donner de l'extension. Or, notre texte ne dit nullement que pendant les dix années de stage (2), il ne pourra pas jouir des droits civils; il paraît même vouloir faire entendre le contraire, puisqu'il dit qu'il deviendra Français par l'accomplissement des *conditions imposées à l'étranger;* or, ces conditions sont dix années de stage (3), avec possibilité de jouir des droits civils.

III. — 162. Deux décrets, postérieurs au Code civil, sont venus apporter de graves modifications aux dispositions que nous venons d'expliquer dans cette section.

D'après le premier de ces décrets, en date du 6 avril 1809, tout Français ayant porté les armes contre sa patrie est passible de la peine de mort, et celui, autorisé ou non à servir à l'étranger, qui ne serait pas rentré en France à l'ordre de rappel, est considéré comme ayant porté les armes contre sa patrie. Dans les cas même où ce dernier n'est pas considéré comme tel, il est encore passible de la *mort civile* dont les effets vont être expliqués ci-dessous, à l'art. 25.

Un second décret, du 26 août 1811, déclare *mort civilement* le Français qui, sans autorisation, se sera fait naturaliser à l'étranger, ou aura accepté des fonctions publiques étrangères (4).

Ces deux décrets sont-ils encore en vigueur?

De graves considérations nous avaient fait adopter d'abord la négative; mais en définitive, comme, d'après la Constitution de l'an 8 (art. 21, 37 et 44), les décrets entachés d'inconstitutionnalité devenaient obligatoires quand ils n'étaient pas attaqués dans les dix jours de leur émission, et qu'aucun acte législatif n'a prononcé l'abrogation des deux décrets dont il s'agit, il nous paraît nécessaire d'admettre que ces deux décrets, si exorbitants qu'ils soient du droit commun, sont toujours obligatoires dans toutes celles de leurs dispositions qui ne se trouvent pas incompatibles avec quelque loi postérieure. C'est ce que font la plupart des auteurs et la jurisprudence constante de la Cour de cassation (5).

(1, 2, 3) Voy. la note précédente.

(4) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 (voy. ci-après l'art. 22).

(5) Voy. Merlin (*Rép.*, v° Français, § 1); Delvincourt, Duranton (I, n°s 178 et

SECTION II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES (1).

163. On peut, par l'effet de condamnations, être privé ou de la totalité ou d'une partie seulement des droits civils. La privation totale des droits civils s'appelle *mort civile,* c'est la seule dont s'occupe notre section. A la fin de cette section, nous ajouterons quelques mots sur la privation partielle.

22. — Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés, emporteront la mort civile.

SOMMAIRE.

I. D'où résulte la mort civile.
II. La mauvaise rédaction de l'article nous révèle encore une idée importante.
III. La mort civile n'est qu'une peine accessoire.

I. — 164. Cet article nous apprend que la mort civile n'a lieu que dans le cas d'une condamnation à telle ou telle peine, et comme conséquence de cette condamnation ; que, dès lors, elle ne peut pas faire

---

suiv.); Foucart (I, p. 183); Dalloz (v° *Dr. civ. et polit.*); Zachariæ (I, p. 329); et entre autres arrêts de la Cour suprême : 27 mai 1819, 13 fév. 1827, 29 mars 1828, 3 janv. 1829, 8 avril 1831, 1er sept. 1832 (Dall., 19, 815 ; 27, 137; 28, 185; 29, 100 ; 31, 171; 32, 23, etc.).

(1) Les douze articles composant cette section (22 à 33) ont été remplacés par la loi du 21 mai 1854, qui est ainsi conçue :

Art. 1er. La mort civile est abolie.

2. Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du Code pénal.

3. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. — Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul. — Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie.

4. Le Gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent. — Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale. — Les actes faits par le condamné, dans le lieu de l'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque.

5. Les effets de la mort civile cessent, pour l'avenir, à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. — L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précédent.

6. La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation.

Bien que, par suite de la promulgation de cette loi, le commentaire de Marcadé sur *la mort civile* soit devenu sans application directe, nous n'en avons pas moins cru devoir le conserver en entier, à raison de l'intérêt historique qu'il présente et de son utilité au point de vue des dispositions transitoires.

On trouvera en note, à la fin de la section, l'énonciation de plusieurs questions qui sont nées depuis la loi du 31 mai 1854.

elle-même l'objet direct d'une condamnation et être prononcée comme peine principale. L'article nous dit, en effet : *Les condamnations à des peines* dont... *emporteront la mort civile.* Ainsi, on ne condamne pas à la mort civile; on condamne à telle ou telle peine, et c'est la condamnation à telle peine déterminée qui emporte ultérieurement la mort civile.

L'article a encore pour but de nous apprendre quelles sont les condamnations qui doivent emporter la mort civile. Mais ce qu'il nous dit, sous ce rapport, est tout à fait insignifiant. Car sa réponse ne peut se comprendre que par la combinaison de notre article avec l'art. 25, auquel il renvoie implicitement par les mots *ci-après exprimés;* or, la combinaison de ces deux articles conduit à une proposition niaise!

En effet, notre article revient à dire : *Une condamnation emportera mort civile quand... elle aura pour effet la privation dont parle l'article* 25.

Or, cet art. 25, lui, ne fait qu'expliquer quelle est la privation qui résulte de la mort civile, puisqu'il nous dit : *par la mort civile le condamné perd...* en d'autres termes : *les effets de la mort civile sont...* C'est donc comme si notre article nous disait : *Une condamnation emportera la mort civile quand... elle aura pour effet la privation qui est l'effet de la mort civile.* C'est-à-dire qu'il y aura mort civile, quand il y aura mort civile.

Heureusement, la rédaction seule est embrouillée, et l'idée du législateur apparaît clairement. Ce vice grossier ne nous empêchera pas de bien savoir, au moyen des art. 22, 23, 24 et 25, ce que c'est que la mort civile; quand elle a lieu; et quels effets elle produit.

II. — 165. Du reste, la rédaction de cet article nous révèle, par son vice même, une idée qui est souvent restée incomprise et qu'il est cependant important de saisir, comme nous le verrons sous l'art. 25. C'est que la mort civile n'emporte point privation absolue de tous les droits civils. Si, dans la pensée du législateur, la mort civile avait été une privation totale des droits civils, il n'aurait pas commis le vice de rédaction que nous venons de signaler et qui résulte du renvoi à l'article 25; car il n'aurait pas eu à faire ce renvoi. Il nous aurait dit en supprimant les mots *ci-après exprimés : Les condamnations dont l'effet est de priver* DE TOUTE PARTICIPATION AUX DROITS CIVILS, *emporteront mort civile.* Mais le législateur ne pouvait pas s'exprimer ainsi. Un condamné n'est jamais, et dans aucun cas que ce soit, privé de *tous* les droits civils; en cas de mort civile, il l'est de *presque tous,* mais non pas de tous absolument; il lui reste ceux de ces droits civils qui sont relatifs à son existence naturelle.

Voilà pourquoi le législateur a parlé, non pas absolument *de la privation des droits civils,* mais avec restriction, de la privation *des droits civils ci-après exprimés.*

Ainsi, cette proposition si usitée, et que nous emploierons nous-même, que *la mort civile est la privation totale des droits civils,* ne doit pas être prise à la lettre, elle n'est pas rigoureusement exacte.

III. — 166. Il faut également entendre avec prudence cette autre proposition, reproduite partout, que *la mort civile n'est point une peine*. Ce n'est point, et nous venons de le dire nous-même, une peine principale, une peine qui puisse se prononcer et faire l'objet direct d'une condamnation. C'est l'accessoire légal d'une peine, ou plutôt de la condamnation à une peine; un état résultant, secondairement et de plein droit, de telle ou telle condamnation criminelle. Mais cet état n'en est pas moins une punition, cet accessoire n'en est pas moins une peine et une énorme peine, ainsi que nous le verrons sous l'art. 25.

Au reste, c'est seulement dans les principes de notre législation actuelle que la mort civile n'est qu'une peine accessoire; rien n'empêcherait qu'une loi ne vînt la ranger au nombre des peines principales. C'est ce qu'ont déjà fait, depuis le Code, les deux décrets de 1809 et 1811, dont nous avons parlé sous l'article précédent.

23. — La condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile.

I. — 167. On ne voit guère, au premier coup d'œil, quelle peut être l'utilité de cet article. A quoi bon dire qu'on regardera comme mort, sous le rapport légal et civilement parlant, celui qui l'est réellement, naturellement? On pourrait, tout d'abord, croire que c'est là une idée de pure théorie, sans aucune efficacité pratique.

Ce serait une erreur. La mort civile qu'entraîne alors la condamnation n'est pas une addition inutile faite à celle-ci.

En effet, 1° il est bien vrai que, d'après les art. 26 et 27, la mort civile n'est jamais encourue avant l'exécution de la condamnation; mais elle l'est, dans les condamnations contradictoires, par le seul fait de l'exécution fictive, d'après l'art. 29; de sorte que, si l'individu condamné contradictoirement (c'est-à-dire lui présent, et pouvant contredire l'accusation, *reo contradicente*) vient à s'échapper après la condamnation, il se trouvera frappé de mort civile, alors qu'il est encore vivant naturellement.

2° Dans les condamnations par contumace, c'est-à-dire prononcées en l'absence de l'accusé, la mort civile étant encourue après l'expiration de cinq ans depuis l'exécution par effigie, d'après l'art. 27, là encore le condamné pourra être frappé de mort civile pendant son existence naturelle.

3° Enfin, même dans le cas d'une exécution réelle, la mort civile qui frappera le condamné en même temps que la mort naturelle produira encore un effet important, puisqu'aux termes de l'alinéa 1er de l'article 25, elle l'empêchera de laisser un testament valable.

24. — Les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.

SOMMAIRE.

I. Il y a aujourd'hui trois peines afflictives perpétuelles; toutes trois emportent mort civile.
II. La détention que subissent provisoirement les condamnés à la déportation produit également la mort civile, depuis 1832.
III. Ce n'est pas dans la peine, c'est dans la condamnation à la peine, que se trouve la cause de la mort civile. Erreur de Delvincourt.

I. — 168. La mort civile ayant pour résultat de faire considérer celui qui en est frappé, comme mort aux yeux de la loi, et produisant, par conséquent, des effets irrévocables, elle ne devait pas être attachée à une peine temporaire.

Or, en 1804, lorsque notre Code civil a été rédigé, il n'existait pas en France d'autre peine perpétuelle que la mort; le législateur ne pouvait donc attacher la mort civile qu'à la peine de mort naturelle, sauf à dire que pour l'avenir elle pourrait être attachée à d'autres peines, pourvu qu'elles fussent aussi afflictives et perpétuelles.

En 1810, en effet, lors de la confection du Code pénal, on créa deux nouvelles peines perpétuelles, les travaux forcés à perpétuité et la déportation, et l'on déclara que chacune d'elles emporterait la mort civile, comme on le voit par l'art. 18 du Code pénal. Nous avons donc en tout trois peines dont la condamnation emporte la mort civile.

Quant à la qualité d'*afflictive,* que notre article exige également, on n'aurait guère pu la définir avant la révision qui, en 1832, a été faite du Code pénal de 1810. On ne peut, en effet, définir et distinguer les peines afflictives qu'en disant que ce sont *celles qui affectent le corps, le physique du condamné*, telles que la *mort*, les *travaux forcés*, la *déportation* dans un lieu dont on ne peut sortir, la *réclusion*, etc., à la différence du *bannissement* et de la *dégradation civique*, dans lesquelles aucune rigueur n'est exercée sur le corps. Or, avant 1832, cette définition n'aurait pas été d'accord avec la théorie du Code pénal, dont l'art. 8 présentait comme peine non afflictive le *carcan*, quoique le carcan atteignît le physique du condamné. Il fallait donc alors se contenter, comme le faisait le Code pénal, d'*énumérer* les peines afflictives, au lieu de les définir. Aujourd'hui, rien n'empêche plus de prendre la définition donnée plus haut, attendu que, depuis 1832, le carcan a été supprimé comme peine proprement dite; le carcan n'existe plus maintenant que comme accessoire de certaines peines, sous le nom d'*exposition* (1).

II. — 169. D'après l'art. 17 du Code pénal, la déportation consiste à être transporté et à demeurer à perpétuité dans un lieu déterminé, hors du territoire continental du royaume; mais comme la France n'a pas eu jusqu'à présent un lieu de déportation, les condamnés à cette peine, tant qu'un lieu n'aura pas été désigné, devront, d'après ce même article, subir une détention perpétuelle. (2) Or, on s'est demandé si cette

---

(1) La peine de l'exposition publique a été abolie par un décret du 12 avril 1848.
(2) Voy. la loi du 8 juin 1850 et celle du 23 mars 1872 sur la déportation.

substitution de peine empêcherait la mort civile d'être encourue... La négative ne saurait être douteuse. Il en était autrement avant 1832; pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis la promulgation du Code pénal, en 1810, jusqu'à sa révision en 1832, aucun condamné à la déportation n'a été frappé de mort civile; mais depuis cette révision, toute condamnation à la déportation emporte la mort civile, au moyen de la détention dont parle l'art. 17 du Code pénal.

En effet, avant 1832, la loi n'avait point obvié à l'impossibilité d'exécuter réellement la déportation; elle n'avait point pensé, dans la prévoyance du temps fort long qui pouvait s'écouler avant qu'un lieu de déportation fût établi, à organiser un autre mode, provisoire, mais légal, d'exécution. Donc, la détention provisoire que le Gouvernement faisait subir aux condamnés n'était nullement, alors, une exécution de la condamnation; c'était un état d'attente, comme celui du condamné aux travaux forcés depuis le jour de sa condamnation jusqu'au jour où il part pour le bagne. Ainsi, avant 1832, il n'y avait jamais exécution de la condamnation à la déportation, et dès lors, jamais de mort civile pour cette cause; puisque, aux termes des art. 26 et 27, c'est par l'exécution, soit réelle soit fictive, que la mort civile est encourue.

Mais ce que n'avait pas fait le législateur de 1810, le législateur de 1832 l'a fait; aujourd'hui cette détention du condamné est, d'après le dernier alinéa de l'art. 17 du Code pénal, le mode légal d'exécuter la déportation, tout comme, d'après l'art. 16, c'est une espèce d'emprisonnement qui est pour les femmes, le mode légal d'exécuter la condamnation aux travaux forcés. Aussi, l'ancien art. 18 du Code pénal, en déclarant que la déportation entraînerait la mort civile, permettait au Gouvernement d'accorder au condamné l'exercice des droits civils *dans le lieu de la déportation,* parce que c'était seulement par la translation dans ce lieu que la mort civile était encourue; mais dans l'article actuel, on a eu soin de supprimer ces mots pour autoriser le Gouvernement à accorder cet exercice absolument, et sans qu'il y ait eu déportation réalisée.

Cette suppression indique assez que, dans la pensée des rédacteurs, la déportation réelle, la translation dans un lieu *ad hoc,* n'est plus nécessaire pour que la mort civile soit encourue. Et non-seulement la détention perpétuelle est bien le mode légal d'exécution de la déportation, mais même *elle n'est que cela,* et on la chercherait en vain comme peine ordinaire. Le Code pénal ne présente dans la classe des peines que la détention *temporaire*. (Voy. art. 7, Code pén.)

III. — 170. Et, en effet, quand notre art. 24 parle des *peines* emportant la mort civile, il se sert d'une expression inexacte, ainsi que les art. 29 et 30, qui répètent cette même expression après lui. Ce n'est pas dans la peine, c'est dans la *condamnation* à la peine, que se trouve la cause de la mort civile. Pour que la mort civile soit encourue, il n'est pas nécessaire que la peine prononcée soit réalisée, qu'elle soit vraiment subie par le condamné; il suffit qu'il y ait condamnation et que cette condamnation soit exécutée *d'une manière quelconque*. D'après l'art. 27,

la mort civile est encourue, dans les condamnations par contumace, après cinq ans depuis l'exécution fictive, et, par conséquent, sans qu'aucune peine ait été subie par le condamné ; d'après l'art. 26, elle est encourue, dans les condamnations contradictoires, à l'instant même de cette exécution fictive, et encore, par conséquent, sans que la peine soit subie. Aussi, les art. 22, 23, 26, 27 du Code civil, et 18 du Code pénal, nous disent-ils que c'est la *condamnation* à telle peine qui produit la mort civile; si, dans d'autres textes, on a parlé de *peines emportant mort civile,* c'était pour éviter une locution plus longue et plus embarrassée.

Et l'on ne concevrait pas qu'il en fût autrement. Le législateur prévoyant l'impossibilité dans laquelle il pouvait se trouver d'appliquer la peine, soit par la fuite du condamné, soit par toute autre cause, devait bien se garder de placer dans l'application de cette peine la cause de la mort civile. Il devait, s'il ne voulait pas que sa volonté devînt souvent illusoire, la placer dans la condamnation elle-même.

Delvincourt donne donc une définition erronée, quand il dit que « *la mort civile est l'état d'un individu* QUI A SUBI UNE PEINE *ayant pour effet de le retrancher de la société.* » On vient de voir que très-souvent la mort civile est encourue sans qu'aucune peine ait été subie.

25. — Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Il ne peut plus recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.

Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice.

Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est donné par le tribunal où l'action est portée.

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.

Le mariage qu'il avait contracté précédemment, est dissous, quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

SOMMAIRE.

I. Cet article se réduit à ces deux idées : que 1° en principe, le condamné est mort aux yeux de la loi; mais que cependant 2° il conserve encore ceux des droits civils relatifs à son existence naturelle.

II. Le condamné perd beaucoup d'autres droits que ceux indiqués par l'article.

III. Mais il conserve, entre autres droits, celui d'agir en justice pour exiger des aliments des personnes qui lui en doivent. — Il peut aussi faire des actes authentiques et prendre ou donner hypothèque. Erreur de M. Troplong.

IV. Le mort civilement, encore mineur, ne recevrait pas de tuteur.

V. Celui que la mort civile a trouvé célibataire ne peut plus se marier civilement. Celui qui était marié voit son mariage civilement brisé, et son conjoint peut contracter une nouvelle union civile. Erreur de Toullier. — En morale et en religion, au contraire, le mariage antérieur à la mort civile reste valable, et réciproquement le mort civilement célibataire peut toujours se marier.

VI. Les art. 199 et 200 du Code pénal sont inapplicables au prêtre qui procéderait au mariage religieux d'un mort civilement.

VII. Si, dans le mariage contracté par un mort civilement, le conjoint était de bonne foi, le mariage produirait ses effets civils pour ce conjoint et pour les enfants. Erreur de Merlin et de M. Zachariæ.

VIII. Toutefois, ni le conjoint ni les enfants ne pourraient succéder au mort civilement; mais c'est seulement parce que lui est incapable de transmettre; et non parce qu'eux seraient incapables de recevoir.

IX. Ces enfants succéderaient donc aux parents du mort civilement. Erreur de Merlin, M. Coin-Delisle et M. Demolombe.

X. Erreur contraire de Delvincourt, qui prétend qu'ils succéderaient, non pas seulement aux parents de leur auteur mort civilement, mais à cet auteur lui-même.

XI. Ce n'est point pour incapacité, mais pour indignité, que notre article déclare nul le testament que laisse le condamné en mourant civilement. Erreur de Delvincourt, Toullier, M. Duranton, etc.

XII. Réfutation de la critique adressée à cette doctrine par M. Renaud; adoption de cette doctrine par M. Demolombe.

XIII. Si, au lieu d'un testament, c'était une institution contractuelle qui existât quand arrive la mort civile, l'acte resterait valable. — A plus forte raison, la mort civile n'influerait en rien sur une donation entre-vifs.

XIV. La mort civile est un état, une manière d'être d'un condamné; elle le suit donc partout, et le met dans une position pire que celle d'un étranger. Mais c'est seulement dans les rapports du condamné avec la société française ou l'un de ses membres.

I. — 171. Cet article, dont la portée est fort importante à saisir, ne donne point, comme nous allons le voir, l'énumération complète des divers droits dont prive la mort civile; mais pourtant, il en dit assez pour que l'on puisse apercevoir très-bien la pensée du législateur, comprendre parfaitement ce que c'est que la mort civile, et, par suite, compléter ce qui manque dans l'article au moyen même de ce qu'il dit.

Cet article, en effet, se réduit à deux idées principales, savoir : 1° que par la mort civile le condamné est réellement retranché de la société et réputé mort. C'est ce qui résulte de ce que son mariage est dissous et sa succession ouverte; c'est ce qui, d'ailleurs, est indiqué par l'expression même de *mort civile;* — 2° Que la vie naturelle, cependant, lui étant conservée, la loi veut bien encore la protéger et continuer à s'occuper de lui sous ce rapport, mais sous ce rapport seulement. C'est ce qui résulte de la faculté qu'on lui reconnaît de recevoir les donations qui lui seraient faites à titre d'aliments, et de se faire rendre justice (sous le nom d'un curateur, il est vrai, mais peu importe) sur les con-

testations qui pourraient s'élever quant aux biens qu'il acquiert pendant la mort civile.

Il suit de là que, quand on voudra savoir si telle ou telle faculté, accordée par la loi civile, appartient ou non au mort civilement, il suffira de rechercher si cette faculté est ou n'est pas nécessaire au maintien de son existence naturelle.

Nous disons telle faculté *accordée par la loi civile;* car s'il s'agissait de facultés ne résultant pas du droit civil, mais garanties par le droit naturel lui-même, il est clair qu'il n'y aurait pas de question, et qu'elles appartiendraient toutes au condamné. Mais quant aux droits que la loi civile seule nous a donnés, soit en créant des principes qui n'étaient pas dans la loi naturelle, soit en élargissant ceux qui s'y trouvaient déjà, soit enfin en tirant de ces principes des conséquences que la loi naturelle n'en tirait pas; quant à tous ces droits, le mort civilement n'en aura la jouissance qu'autant qu'ils seraient relatifs à son existence naturelle.

II. — 172. C'est en parlant de ce principe, que nous fournit notre article lui-même, que nous arriverons à dire que cet article ne nous offre pas le tableau complet des droits dont prive la mort civile.

Ainsi, quoique la puissance paternelle ne soit pas formellement enlevée au condamné par notre article, comme l'est la puissance maritale et le titre même de mari, il est clair cependant qu'il perdra aussi cette puissance et le titre de père. Car la puissance paternelle, telle qu'elle est organisée, est un bénéfice de la loi civile; elle a donc été brisée du jour que le condamné a été frappé de mort aux yeux de cette loi; d'un autre côté, il n'y a là rien de nécessaire à la conservation de son existence. Son consentement ne serait donc pas requis pour le mariage de ses enfants mineurs; car, en outre de ce qu'il n'a plus la puissance paternelle, il ne peut pas donner un consentement légal, puisque légalement il est mort et n'a plus de volonté. Il ne pourrait pas non plus émanciper ses enfants, puisque l'émancipation n'est que l'abdication de la puissance paternelle, et qu'il n'a plus cette puissance.

Il perdra aussi, évidemment, le droit d'être électeur, juré, et tous les droits politiques; celui d'exercer aucune fonction, aucun office, aucun emploi public, comme ceux de notaire, d'avoué, d'huissier; il ne pourrait non plus être ni avocat ni médecin, ni exercer toute autre profession pour laquelle il est nécessaire d'avoir un grade dans une des Facultés, ou d'être membre de l'Université. En effet, ce sont là des bénéfices accordés par la loi civile, et non des conséquences du droit naturel; le condamné ne pourrait donc en jouir qu'autant qu'ils seraient indispensables au maintien de son existence; or, il n'est pas essentiel au maintien de son existence d'obtenir tel ou tel grade, ni d'exercer telle profession plutôt que telle autre.

III. — 173. Mais toujours d'après le même principe, il faudra décider le contraire, quand il s'agira de droits qui, bien qu'organisés par la loi civile, sont cependant relatifs à l'existence naturelle du condamné. Ainsi, le mort civilement pourrait *ester* en justice (sous le nom d'un cu-

rateur, bien entendu, car la loi ne lui permet pas de s'y présenter en son nom propre) pour exiger des aliments, aux termes et dans les cas des art. 205, 206 et 207.

Cependant quelques jurisconsultes prétendent le contraire. « D'abord, dit-on, quoique la faculté de demander des aliments à ses proches soit fondée sur la nature, l'action pour les exiger en justice appartient au droit civil, et, par conséquent, ne peut pas compéter à celui qui est mort aux yeux de la loi civile; en outre, de qui exigerait-il ces aliments, puisqu'aux yeux de la loi il est mort, et par conséquent n'a plus de parents? »

Ces deux raisons, comme on voit, sont fondées sur ce principe, que le mort civilement est *complétement* mort aux yeux de la loi et ne peut plus exercer *aucun* droit civil. Or, nous avons vu que ce principe est faux quand il est pris ainsi sans restriction, et qu'à la règle que le condamné est mort légalement parlant, il y a exception pour tout ce qui touche à sa vie naturelle.

Est-il besoin d'insister là-dessus et d'administrer une preuve formelle de cette exception? Elle ressort, claire et manifeste, des alinéa 3 et 6 de notre article. En effet, d'après l'alinéa 3, le mort civilement peut, pour cause d'aliments, recevoir par donation entre-vifs et par testament; or, quoique la faculté de donner et de recevoir soit du droit naturel, celle d'agir en justice et de réclamer, si besoin est, l'intervention de la force publique pour faire exécuter une donation en bonne forme ou un testament déclaré valable, est bien évidemment un bienfait de la loi civile; ce sont bien là des droits civils assurément. Eh bien! ces droits, le condamné en jouit, la loi civile nous dit qu'il pourra les exercer; il n'est donc pas mort sous tous rapports aux yeux de cette loi civile. Du sixième alinéa, un argument semblable se produit. C'est bien un droit civil, apparemment, que celui d'intenter une action en justice; eh bien! le condamné peut le faire sous le nom d'un curateur.

174. Et il y avait nécessité qu'il en fût ainsi. Qui veut la fin, veut les moyens, et dès lors que la loi laisse à un individu la vie naturelle, il faut bien qu'elle lui laisse aussi ceux des droits civils sans lesquels il ne pourrait conserver cette vie naturelle; il faut bien qu'il puisse recevoir valablement le don qu'on lui fait d'une pension alimentaire; qu'il puisse se faire payer, par les moyens qu'offre la loi civile, de ceux qui, dans son trafic, sont devenus ses débiteurs, etc... Aussi, il est à remarquer qu'il n'est aucun texte de loi qui dise que la mort civile emporte privation de *tous* les droits civils. L'art. 22 dit précisément le contraire, en ne parlant que des *droits civils ci-après exprimés,* c'est-à-dire exprimés par notre art. 25 qui, lui, en laisse formellement plusieurs au condamné; c'est précisément parce que l'art. 22 ne voulait pas dire *privation de tous les droits civils,* qu'il présente la rédaction vicieuse et embarrassée que nous lui avons reprochée en l'expliquant.

Dans son rapport au Tribunat (27 frim. an 10) le tribun Thiessé, cri-

tiquant l'institution de la mort civile, disait : « Si la *mort naturelle* est la perte des maux et des biens attachés à la vie, la *mort civile* devrait être aussi la perte de tous les biens et de tous les maux qui résultent des lois civiles. Or, cela n'est pas, cela n'a jamais été. Un homme auquel on laisse la vie conserve, par cela seul, les moyens de vivre, par conséquent la faculté de travailler, d'acheter, de vendre, d'être contraint en justice, de contraindre à son tour, etc. La *mort civile* ne privant pas de tous les droits résultant de la loi civile, mais seulement de quelques-uns, on doit se garder de l'emploi d'une expression sans limites, quand il s'agit d'une privation limitée. »

Que devient donc la règle prétendue absolue : *Il est mort, donc...?* Il faut bien qu'on accorde qu'elle est inexacte ; que le condamné, même civilement parlant, n'est pas mort absolument et sans restriction, et qu'il y a exception à cette règle pour les droits civils dont son existence naturelle réclame la jouissance (1).

175. Une erreur semblable est enseignée par M. Troplong, qui prétend que le mort civilement ne peut ni acheter ou vendre par acte public (*Vente*, t. I, n° 175), ni prendre ou donner hypothèque (*Hypothèques*, t. II, n° 463 *ter*), attendu qu'il y aurait en cela participation au droit civil et que le condamné en est absolument incapable. Mais, comme on vient de le voir, notre art. 25 prouve matériellement, pour ainsi dire, que cette prétendue incapacité absolue n'existe pas. Et, en en effet, comment pourrait-on soutenir que, si le mort civilement vend un immeuble, il ne pourra pas même faire transcrire, pour conserver son privilége de vendeur ! qu'il ne pourra pas faire un acte de bail notarié, pour s'assurer les garanties nécessaires vis-à-vis de son fermier ? qu'il ne pourra jamais donner un mandat authentique, et devra se contenter d'un pouvoir sous seing privé, toujours contestable ?... Évidemment, ces diverses facultés sont de la classe de celles nécessaires pour exercer un commerce quelconque et faire des affaires ; donc, elles restent au mort civilement.

Continuons maintenant de faire, aux principales questions qui peuvent se présenter, l'application de notre principe, mieux établi et devenu plus clair par cette première discussion.

IV. — 176. Le mort civilement étant réellement mort, aux yeux de la loi, pour tout ce qui n'est pas relatif à son existence naturelle, il est clair que s'il était mineur on ne pourrait pas lui nommer de tuteur. Car la tutelle et ses dispositions diverses ne sont point du droit naturel, elles appartiennent uniquement au droit civil, et le condamné n'a pas besoin d'en jouir pour conserver son existence.

V. — 177. En suivant toujours notre principe, voyons quel sera le sort du mariage que contracterait un mort civilement, et aussi de celui contracté déjà avant la mort civile encourue.

On considère, et il faut en effet considérer, dans le mariage, trois éléments distincts :

(1) Paris, 18 août 1808 ; Riom, 18 février 1809.

1° Le contrat naturel qui se forme par le nu consentement des parties et d'où résultent le lien naturel et les autres effets naturels ; — 2° le Sacrement, ou mariage religieux, institué par le divin Réparateur de l'humanité, lequel n'est que la consécration et la sanctification du contrat naturel, et d'où résultent le lien spirituel et religieux, et les autres effets religieux ; — 3° enfin, le contrat civil, qui se forme par l'accomplissement des formalités et conditions exigées par le droit civil, et d'où découlent le lien civil et les autres effets civils.

Maintenant un législateur étant tout-puissant pour organiser comme il l'entend le système de ses lois civiles, il pourra donc, à son gré, ou bien confondre le contrat civil de mariage avec le contrat naturel, pour qu'il en suive en tout le sort; ou bien l'en séparer, en considérant le mariage comme contrat civil uniquement, sans s'inquiéter du contrat naturel et de ses effets. Dans le premier cas, le contrat civil devant suivre en tout le sort du contrat naturel, et celui-ci ne pouvant être rompu que par la mort, il s'ensuit que le mariage, même civil, ne pourra être dissous, ni par le divorce, ni par la mort civile. Dans le second cas, au contraire, le mariage civil étant organisé à part du contrat naturel, il pourra être brisé par toute cause que le législateur voudra.

Sous la législation qui aurait adopté le premier parti, le mariage du mort civilement, contracté soit avant, soit depuis la mort civile, serait toujours valable; on pourrait bien le priver de tels ou tels effets civils, mais on ne pourrait les lui enlever tous; il conserverait nécessairement cet important effet de lier validement les deux parties et d'empêcher le conjoint du mort civilement d'aller se marier avec un autre. Au contraire, sous la législation qui embrasserait le second système, la mort civile anéantirait tous les effets civils du mariage, le lien lui-même comme tous les autres; en sorte que le mariage existant lors de la mort civile encourue, serait dissous civilement et laisserait le conjoint du condamné libre d'en contracter un autre (civilement aussi seulement, bien entendu).

Voyons, maintenant, quel est l'esprit du Code civil sur ce point.

Dans l'ancienne jurisprudence, on avait suivi le premier système. Le contrat civil était uni au contrat naturel et subissait les mêmes principes; aussi, dans cette ancienne jurisprudence, le divorce n'était point admis, et la mort civile ne dissolvait point le mariage, même civil (nous ne parlons que de lui). Celui que le condamné contractait postérieurement à la mort civile ne produisait pas, il est vrai, tous les effets civils; mais il produisait l'effet le plus important, le *lien;* quant à celui contracté antérieurement, il conservait tous ses effets (voy. Pothier, *Tr. des Success.*, ch. I, art. 3 et 4, *in fine*).

Dans notre loi actuelle, le système contraire a prévalu. La Constitution du 3 septembre 1791 est venue dire (tit. II, art. 7) : « *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil* », et en 1804, le législateur du Code, conséquent avec ce principe nouveau, admit le divorce (tit. VI, art. 229), et déclara, dans notre article, que le mariage existant lors de la mort civile encourue serait dissous, quant aux effets *ci-*

vils seulement bien entendu, mais quant *à tous* ces effets, et que celui que le condamné contracterait postérieurement ne produirait *aucun* effet civil (alin. 7 et 8 de notre art. 25). Dans son Exposé des motifs au Corps législatif, sur le titre préliminaire et sur tout l'ensemble du Code, M. Portalis disait : « De droit commun, la mort peut seule dissoudre le mariage; mais nous avons cru que la loi civile ne pouvait être aussi inflexible que la religion et la morale. » (Fenet, t. VI, p. 46.)

Aujourd'hui donc, par l'effet de la mort civile, il y a pour le condamné impossibilité de contracter mariage civilement, dissolution, civilement parlant toujours, du mariage antérieurement contracté, et dès lors, liberté pour son conjoint de former un nouveau mariage civil.

C'est *civilement parlant,* disons-nous, que le mariage postérieur du condamné est impossible, son mariage antérieur dissous, et son conjoint libre de se remarier. Il n'en serait pas de même, en effet, aux yeux de la loi naturelle et aux yeux de la religion, qui n'est que le complément de la première. La loi civile peut bien briser un lien civil, mais non pas un lien naturel, une obligation de conscience : *Civilis ratio,* disait le jurisconsulte romain, *civilia jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.* En morale, le mariage que le conjoint du condamné irait contracter avec un autre, serait un véritable adultère.

Du reste, ces deux idées : 1° que, civilement, le mariage postérieur du condamné est impossible et celui déjà contracté dissous; 2° qu'en religion, au contraire, le mariage postérieur reste possible et le mariage antérieur toujours existant, en sorte que le conjoint ne peut se remarier sans crime ; ces deux idées résultent bien de ce qui a été dit, au Conseil d'État, par les rédacteurs du Code eux-mêmes.

Dans la séance du 6 thermidor an 9, lorsqu'on en vint à notre article, portant le n° 19 et rédigé en ces termes : « Les effets de la mort » civile seront la dissolution du contrat civil du mariage, l'incapacité » d'en contracter un nouveau, » le Premier Consul, le ministre de la justice et M. Maleville prétendirent que la mort civile ne pouvait pas dissoudre le mariage; mais il leur fut dit par MM. Boulay, Tronchet et Portalis, « que la loi ne s'occupait pas du contrat naturel et ne réglait » que le contrat civil; que dès lors les enfants qui naîtraient d'une » union purement naturelle ne seraient, sous le rapport du droit civil, » que des bâtards dont on ne reconnaîtrait que la mère; — Que lors- » qu'en France la loi réunissait dans le mariage le contrat et le sacre- » ment, le principe religieux de l'indissolubilité entraînait la continua- » tion du mariage malgré la mort civile, et qu'en conséquence, les » enfants étaient réputés légitimes; mais qu'aujourd'hui il impliquerait » contradiction que le contrat civil pût survivre à la mort civile de l'un » des époux. » — Un peu plus loin, le Premier Consul demandant pourquoi donc on s'était servi de ces expressions, *dissolution du contrat civil du mariage,* lesquelles feraient supposer qu'il reste encore quelque chose, M. Rœderer lui répond qu'il *reste le contrat naturel et le lien religieux.* (Fenet, t. VII, p. 47 et suivantes.)

Dans la séance du 24 thermidor, notre article, devenu l'art. 21, est présenté en ces termes : « Le condamné est incapable de contracter » un mariage légal et qui produise aucun effet civil ; le mariage qu'il » avait précédemment contracté est dissous quant à tous ses effets » civils ; et l'autre époux est libre de contracter un nouveau mariage. » M. Boulay dit que, si l'on ne déclare le mariage dissous *que quant à ses effets civils,* et non absolument, on ne peut plus déclarer l'autre époux libre de se remarier ; mais M. Tronchet, rédacteur de l'article, lui fait comprendre que « la loi ne voyant dans le mariage qu'un con» trat civil, elle doit le déclarer dissous et permettre au conjoint de se » remarier ; que si l'article dit dissous *quant à ses effets civils,* c'est pour faire saisir la distinction entre le lien civil et le lien religieux, et laisser à l'époux du condamné, libre civilement, « le soin de juger dans » sa conscience s'il se croit dégagé sous d'autres rapports. » Enfin, M. Regnier fait observer « qu'on a tout dit quand on a déclaré le ma» riage dissous civilement, » que la liberté de l'autre époux s'ensuit nécessairement ; mais que pour ne pas faire croire aux consciences timorées que la loi a voulu rompre aussi le lien religieux, il vaut mieux retrancher cette phrase : « l'autre époux est libre de contracter un nou» veau mariage, » pour laisser cet époux tirer les conséquences suivant ses opinions. Sur cette remarque, M. Tronchet consentit à retirer cette phrase, dont cependant, comme on le voit, on entendait conserver l'idée. (Fenet, t. VII, p. 81.)

Et il est si vrai que l'article était bien entendu dans ce sens, que quand le projet de notre titre, après avoir d'abord été rejeté (le 11 nivôse an X), fut ensuite communiqué officiellement au Tribunat, le rapport qui fut fait sur cette communication critiquait le projet en ce qu'*il dissolvait le mariage et déclarait les enfants bâtards,* et l'on proposait de rejeter cette disposition et de dire que *le mariage serait dissous si le conjoint du condamné le demandait.* (Fenet, t. VIII, p. 600 et 603.) — Plus tard, après la dernière rédaction de notre titre, quand M. Treilhard vint, au nom du gouvernement, en exposer les motifs au Corps législatif, il disait que « l'une des conséquences de la mort civile » était la dissolution du mariage du condamné ; mais, bien entendu, » quant aux effets civils seulement, parce qu'on n'avait dû considérer » le mariage que comme un acte civil, et dans ses rapports civils, abs» traction faite de toute idée religieuse. » (*Ibid.*, 638.) — Enfin, et ceci tranche toute discussion, présenté par le gouvernement dans le sens de la dissolution (civile seulement) du mariage, c'est aussi dans ce sens que l'article a été voté par le Tribunat et décrété par le Corps législatif. Le tribun Gary, sur le rapport duquel ce vote et ce décret ont eu lieu, disait dans son discours :

« On a dit contre cette disposition (celle qui déclare le mariage dissous légalement), qu'elle ajoute à la sévérité de l'ancienne loi française, qui avait cru devoir conserver l'engagement qui subsistait entre les époux ; on a ajouté qu'en faisant même abstraction des idées religieuses, le mariage ne doit pas être considéré comme une chose pure-

ment civile; que c'est un contrat naturel réglé par la loi civile, une union dont la perpétuité est le vœu. » Et il répondait : « Sous l'empire des lois de la monarchie, le mariage était tout à la fois un engagement religieux et civil, et la loi seule ne pouvait rompre des nœuds qu'elle seule n'avait pas tissus. Aujourd'hui, la célébration du mariage et tous ses effets appartiennent à la loi civile. Je conviens que, dans le mariage, le contrat naturel a précédé le contrat civil; qu'en faut-il conclure? C'est que cet engagement est sous la double autorité de la loi naturelle et de la loi civile. Si l'un des époux vit encore aux yeux de la nature, le lien reste sous l'empire de la loi naturelle; mais si cet époux est hors de la société, les lois que cette société n'a faites que pour elle et qui n'existent que par sa volonté, ne peuvent plus reconnaître la durée de l'engagement, quant aux effets qu'elle y avait attachés. *La rupture d'un lien purement légal,* ET IL N'EST QUE CELA AUX YEUX DU LÉGISLATEUR, *est la suite nécessaire de la perte des droits légaux.* Peut-on reconnaître comme époux celui qui n'existe plus?... Si l'on reconnaît la nécessité du principe, il faut bien en adopter les conséquences. » (*Ibid.*, p. 658 et 659.)

Que s'il était possible qu'il restât encore quelque doute, il disparaîtrait devant une dernière observation; car sur cette question les lumières sont vraiment surabondantes... On a vu qu'on avait demandé que la mort civile, au lieu d'opérer par elle-même la dissolution du mariage civil, permît seulement au conjoint de faire prononcer cette dissolution en demandant le divorce; eh bien! cette idée fut-elle adoptée? Non; car il n'est nullement question de la mort civile dans le titre du Divorce; mais au contraire, lorsque, dans le titre du Mariage, on arriva aux causes de sa dissolution, on écrivit dans l'art. 227 : « Le mariage se dissout : 1° par la mort; 2° par le divorce; 3° par la condamnation à une peine emportant mort civile. »

Il reste donc parfaitement établi : 1° qu'en droit naturel et aux yeux de la religion, la mort civile ne touche nullement au mariage; mais 2° qu'aux yeux de la loi civile, elle le dissout tout entier.

178. Il s'est trouvé cependant un jurisconsulte qui est venu combattre cette vérité si manifeste. Toullier, qui, ainsi que nous l'avons dit en commençant ce livre, a été trop souvent préoccupé des idées de l'ancienne jurisprudence et n'a pas toujours bien saisi la véritable pensée de notre législateur de 1804, a prétendu (I, n° 285) que, malgré la mort civile, le mariage même civil reste toujours existant; qu'à la vérité, il ne produit plus d'effets civils, mais qu'il n'est pas vraiment dissous; qu'il y a dissolution *quant aux effets,* mais nullement *quant au lien,* même civil. Il affirme que le *droit intermédiaire* et le *droit nouveau* ont respecté sur ce point le principe de l'*ancienne jurisprudence.* — Cette opinion erronée, ces assertions fausses sont trop complétement réfutées par tout ce qui vient d'être dit, pour que nous y revenions de nouveau. Seulement, pour répondre à la distinction que fait Toullier entre les *effets civils* et le *lien civil,* qui n'est que l'un de ces effets, nous rappellerons ces paroles du tribun Gary : « La rupture d'un

» *lien* purement légal, et il n'est que cela aux yeux du législateur, est » la suite nécessaire de la perte des droits légaux. »

Au reste, cette doctrine de Toullier, développée par lui et cinq autres avocats de Rennes, dans une consultation délibérée pour une famille de ses amis, n'a eu jusqu'ici, et n'aura probablement jamais, aucun partisan. Tous les auteurs, Merlin, Locré, Delvincourt, Proudhon, Guichard, MM. Duranton, Vazeille, Dalloz, Coin-Delisle, Demolombe, Duvergier, tous enfin enseignent les idées que nous venons d'établir, et les arrêts rendus sur cette question ont également jugé dans ce sens (1).

VI. — 179. Nous avons dit plus haut qu'un mariage non civil reste toujours possible à contracter, pour le mort civilement. La loi civile, en effet, ne peut pas défendre à un individu de former une union que cette loi, il est vrai, ne reconnaîtra pas comme mariage, avec une femme qui veut bien partager son sort; et elle ne saurait non plus lui défendre de faire bénir par le ministre de son culte l'union qu'il contracte ainsi. Le droit d'association de l'homme et de la femme, et la faculté d'appeler sur cette association telles prières, telles bénédictions, ne sont point des bienfaits du droit civil. C'est précisément pour cela, comme nous l'avons fait remarquer, que l'art. 25 dit, non pas que le condamné ne pourra pas *contracter mariage*, mais qu'il ne pourra contracter un *mariage qui produise aucun effet civil*.

Il est bien évident, dès lors, que dans le cas d'un mariage purement religieux, contracté par un mort civilement, il ne pourrait y avoir lieu à l'application des art. 199 et 200 du Code pénal, punissant le ministre du culte qui procède aux cérémonies d'un mariage, avant qu'il lui soit justifié d'un acte de mariage, préalablement reçu par l'officier de l'état civil. Autrefois, comme nous le verrons sous l'art. 35, c'était aux curés qu'étaient confiées les fonctions d'officier de l'état civil, lesquelles sont aujourd'hui remplies par les maires; c'était donc devant les curés que se contractaient tout à la fois, et le mariage civil et le mariage religieux, lesquels étaient alors unis l'un à l'autre, comme nous l'avons vu. Eh bien! le but des deux articles précités du Code pénal a été d'empêcher qu'une foule de citoyens ne fussent conduits par un reste d'habitude à aller directement à l'église, à ne pas contracter le mariage civil, et à se priver ainsi, par ignorance, des droits qui en résultent; il est donc clair que ces articles n'ont pas été faits pour le cas qui nous occupe, cas où le mariage civil est devenu impossible et où il s'agit d'un homme qui n'existe plus aux yeux de la loi.

VII. — 180. Nous avons vu, en étudiant l'esprit de notre législation actuelle, en nous reportant à la discussion qui a eu lieu lors de la rédaction de notre article, et surtout en rapprochant cet article du texte de l'art. 227, que (civilement parlant) le mariage d'un condamné, contracté lors de la mort civile, est annulé, et que celui qu'il contracterait postérieurement à la mort civile, serait nul aussi. Or, sur ce dernier

(1) Voy. notamment Cass., 16 mai 1808; Douai, 8 août 1819; Toulouse, 26 mai 1837; Rennes, 5 juin 1851 (Dev., 37, 296, 2; 51, 2, 341).

mariage, on s'est demandé s'il pouvait être considéré comme tout autre mariage nul, et recevoir l'application de l'art. 202, d'après lequel un mariage qu'on reconnaît être nul, produit cependant, lorsqu'il est contracté de bonne foi par l'un des époux, tous les effets civils d'un mariage valable, au profit de l'époux de bonne foi et des enfants.

L'affirmative est certaine, quoiqu'elle soit niée par Merlin et Zachariæ, dont nous réfuterons la doctrine sous l'art. 202.

Lors de la discussion de notre article au Conseil d'État, sur l'observation de M. Tronchet, que le mariage contracté par le mort civilement ne pourrait produire aucun effet vis-à-vis de qui que ce soit, M. Réal fit observer « que l'état des enfants pourrait cependant être assuré par la bonne foi de l'autre époux »; à quoi M. Tronchet répliqua : « que les » effets de cette bonne foi étaient une exception à la règle générale, et » qu'au surplus, ils seraient bornés à celui des époux qui a été trompé » et aux enfants. »

VIII. — 181. Mais ce mariage, contracté par le mort civilement avec une personne qu'il a trompée, ne donnerait cependant ni à ses enfants, ni au conjoint de bonne foi, le droit de succéder aux biens que ce mort civilement laissera lors de sa mort naturelle.

En effet, la faveur accordée par l'art. 202 donne bien au conjoint et aux enfants le titre d'époux et d'enfants légitimes, mais elle ne produit aucun effet relativement au mort civilement et ne change pas son état : en sorte que si cette disposition exceptionnelle fait disparaître l'incapacité de *recevoir* dont les premiers auraient été frappés d'après les principes, elle ne fait pas disparaître également l'incapacité de *transmettre* dont reste frappé le mort civilement. Il n'y a pas d'autre ressource, dans ce cas, pour les enfants et la veuve, que la disposition de l'art. 33, deuxième alinéa, qui permet au Gouvernement de faire des biens du mort civilement telle disposition que l'humanité lui suggérera.

Qu'on remarque bien, au reste, sur quelle raison nous appuyons cette décision. C'est uniquement sur ce qu'il y a, de la part du père, *incapacité de transmettre;* nous ne disons pas que les enfants ne peuvent pas se rattacher à leur père, qu'il n'y a pas de lien civil, de relation légale entre eux et lui. C'est là une erreur qui conduit à un résultat que nous allons combattre bientôt.

Les enfants que le mort civilement a eus d'un mariage *putatif* (on appelle ainsi le mariage nul en principe, mais que la loi veut bien *réputer valable* à cause de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, se rattachent à leur père.

En effet, ils sont réputés enfants légitimes; or, on appelle enfant légitime celui, précisément, qui a un père certain, à qui il se rattache par le lien légitime; tandis que celui qui ne se rattache pas à un père, ou même qui s'y rattache autrement que par le lien légitime proprement dit, c'est-à-dire par une reconnaissance, est un bâtard. Dans notre espèce, donc, l'enfant se rattache légitimement à son père, bien que celui-ci ne puisse pas, de son côté, se dire père légitime de cet enfant; parce que la bonne foi, n'existant que chez l'un des époux, ne produit

les effets civils du mariage, d'après l'art. 202, que pour cet époux et les enfants, et non pour le père.

IX. — 182. L'effet de cette différence de principes est important.

En effet, dans le système que nous combattons, on dirait : L'enfant ne se rattache pas à son père, par conséquent il ne peut pas passer par lui pour se rattacher aux parents de celui-ci ; il y a un anneau de la chaîne de brisé ; il ne pourra donc pas plus succéder aux parents de son père, qu'il ne pourrait succéder à son père lui-même. C'est en effet ce que disent Merlin (*Quest.*, v° Légitimité, 5), M. Coin-Delisle (art. 25, n° 37) et M. Demolombe (I, n° 207).

Mais ce résultat est évidemment contraire aux vrais principes.

Cet enfant peut réclamer tous les effets civils du mariage ; quoiqu'il ne soit pas pas légitime réellement, il est censé l'être par la fiction de la loi. Le mariage, nul dans la réalité, et qui reste nul vis-à-vis du père, est réputé valable quant à l'enfant ; cet enfant se rattache donc à son père, et par lui à tous les parents de ce père, quoique le père ne se rattache ni à cet enfant, ni à ses parents, puisqu'il est censé mort.

On nous dit qu'il y a un anneau de brisé dans la chaîne et que, par conséquent, il ne peut plus y avoir de continuité. Ceci est vrai pour le père ; mais cet anneau, qui continue de manquer pour le père, est rétabli pour l'enfant, par l'effet de la volonté toute-puissante du législateur, qui crée à son gré des fictions, qui peut efficacement supposer exister ce qui, dans la réalité, n'existe pas, et qui déclare ici valable, au respect de l'enfant, un mariage qui par rapport au père est nul. Nous dira-t-on, enfin, qu'il y a contradiction à ce qu'un enfant se rattache à son oncle, par exemple, en passant par son père, qui lui-même ne s'y rattache pas ? Mais cette contradiction est dans la loi elle-même, qui *rétablit* d'une part, pour l'enfant, l'anneau qu'elle *laisse anéanti* pour le père, et qui ordonne qu'on reconnaisse l'existence et la filiation *légales* d'un enfant procréé par un individu qui *légalement* EST MORT. Notre doctrine est la conséquence immédiate de principe du Code, que le mariage, dans ce cas, est tout ensemble *nul et valable*.

En vain, M. Demolombe nous dit que nous déplaçons la fiction, en lui reconnaissant l'effet de modifier l'état du conjoint mort civilement ; car, puisque le mariage se trouve valable relativement à l'autre époux et aux enfants, c'est donc que *relativement à eux* le mariage du mort civilement est fictivement le mariage d'un homme civilement vivant... Et que signifie cet autre argument, ou plutôt cette singulière comparaison (qui paraît péremptoire à M. Demolombe), que, si une personne épousait un bâtard en le croyant de bonne foi légitime, celui-ci n'en resterait pas moins bâtard, en sorte que ses enfants ne pourraient pas succéder à ses parents ! Il est trop évident que la prétendue analogie n'existe pas et que la bâtardise n'étant point un obstacle à la validité du mariage, il n'y a ici dès lors ni mariage putatif, ni examen possible des effets du mariage putatif. Il est étrange de chercher les effets que doit produire une fiction, dans un cas où cette fiction ne peut pas exister.

Il reste donc certain que les enfants issus du mariage putatif d'un mort civilement seront réputés enfants d'un homme civilement vivant (car un mort n'aurait pas pu se marier et procréer des enfants); que dès lors ils se rattacheront légalement et à leur père et aux parents de ce père; qu'ils auront vis-à-vis d'eux tous pleine capacité de *recueillir ;* et que s'ils ne succèdent pas au premier, parce que *lui* demeure *incapable de transmettre,* ils succéderont très-bien aux autres, chez qui la capacité de transmettre existera.

C'est à tort d'ailleurs que MM. Coin-Delisle et Demolombe invoquent Pothier à l'appui de leur opinion. Il est bien vrai que le célèbre jurisconsulte avait d'abord admis la doctrine que nous réfutons, dans son traité du *Contrat de mariage* (n° 440); mais il en a compris plus tard l'inexactitude, et voici ce qu'il dit dans son *Traité des Successions,* publié treize ans après : « Il est vrai que, *par une raison particulière,* ces » enfants ne peuvent succéder *à celui qui a été condamné ;* et cette rai» son est qu'*il est incapable de transmettre sa succession.* Mais ils » pourraient succéder et à l'autre conjoint et à tous leurs parents, *même* » *à ceux du côté du condamné,* ainsi que cela a été jugé à l'égard des » enfants du sieur de la Rocheboisseau. » (Ch. 1, sect. 2, art. 3, § 4, alin. 19.)

L'erreur de MM. Demolombe, Coin-Delisle et Merlin est, au surplus, repoussée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence (1).

X. — 183. Un extrême appelle souvent un extrême. A côté des jurisconsultes qui sont venus prétendre que les enfants d'un mort civilement, nés en mariage putatif, ne peuvent succéder ni à leur père (ce qui est vrai), ni aux parents de leur père (ce qui est faux), on en a vu d'autres se jeter dans l'erreur contraire et soutenir que ces enfants pourraient succéder et aux parents de leur père, et *à leur père lui-même.*

Delvincourt cherche à établir cette doctrine, et pour cela, il essaye de renverser ce principe, qu'une succession ne peut passer d'un individu à un autre qu'autant qu'il y a d'abord capacité de recueillir chez l'héritier, puis, chez celui qui laisse cette succession, capacité pour transmettre. Selon lui, la capacité de transmettre n'est pas nécessaire. Dans les successions *ab intestat,* dit-il, ce n'est pas le défunt, *c'est la loi qui transmet.*

C'est la loi qui transmet ! La proposition est vraiment étrange quand elle est prise à la lettre et avec le sens que Delvincourt lui donne ici. C'est la loi qui transmet ! Mais on ne peut transmettre ce qui n'appartient pas; est-ce que les biens d'un défunt appartiennent à la loi ?... Quand on dit que, dans les successions *ab intestat,* c'est la loi qui transmet, cela signifie que c'est la loi qui désigne elle-même l'héritier qui doit prendre les biens, que c'est elle qui l'appelle à les recueillir, mais cela ne signifie pas que c'est elle qui les lui donne. C'est toujours le défunt qui est censé avoir donné ces biens ; l'idée du législateur, alors

---

(1) Delvincourt, Toullier (I, 284); Duranton (I, 259); Vazeille (I, 280); Richelot (I, p. 173); cass. d'un arrêt de Douai, 15 janv. 1816; Rouen, 7 déc. 1820.

qu'il trace les règles des successions pour le cas où il n'y a pas de testament, est de consacrer la volonté probable du défunt et d'indiquer quels héritiers il pense que ce défunt, dans son silence, a voulu avoir. Le conseiller d'État Treilhard, en présentant le titre des Successions, disait que la loi sur les successions était le *testament présumé* de toute personne qui décéderait sans avoir valablement exprimé une volonté différente. (Fenet, t. I, p. 136.) C'est donc, même en cas de succession *ab intestat,* l'homme qui donne, qui transmet ses biens, et il faut, dans ce cas tout comme en cas de testament, qu'il ait capacité pour cette transmission, comme il faut que l'héritier, ou le légataire, ait capacité pour recueillir.

Ces principes ont été reconnus de tout temps, et l'on a vu Pothier les professer nettement dans le passage que nous avons rapporté en terminant le numéro précédent. S'il faut d'ailleurs un texte formel, il est écrit dans notre article lui-même. Le deuxième alinéa nous dit : « Il (le mort civilement) ne peut plus *ni recueillir* par succession, *ni transmettre* à ce titre les biens, etc. » Il y a donc une incapacité de transmettre, comme il y a une incapacité de recueillir.

Aussi, le tribun Gary, développant devant le Tribunat et devant le Corps législatif les motifs de l'art. 33, qui attribue à l'État, par droit de déshérence, les biens que le condamné laisse, lors de sa mort naturelle, partait de ce principe, que pour qu'il y ait transmission de succession, il faut qu'il y ait capacité *dans la personne de celui qui transmet,* comme dans la personne de celui qui recueille. *Sans le secours de ces deux capacités,* disait-il, il n'y a pas de succession. (Fenet, t. VII, p. 657.)

Delvincourt, pourtant, tient fort à sa doctrine, et il va jusqu'à dire qu'elle doit être regardée comme *constante* depuis que la loi a dit dans notre art. 25, alinéa 1er, que les biens qu'un individu laisse, quand la mort civile le frappe, passeraient aux héritiers de cet individu.

Pour bien comprendre cet argument, il faut savoir que, d'après Delvincourt, l'individu que la mort civile vient frapper se trouve atteint d'une incapacité qu'il faudrait appeler rétroactive, et que c'est à cause de cette incapacité que son testament ne peut pas avoir d'effet, aux termes du premier alinéa de notre article. Si le principe était vrai, si c'était nonobstant l'*incapacité* de la personne frappée de mort civile que ces biens fussent transmis à ses héritiers légitimes, il faudrait bien reconnaître que c'est en effet la loi elle-même, et non cette personne, qui transmet ces biens. Mais nous allons voir, au numéro suivant, que c'est là une erreur grossière, une absurdité palpable, et que si celui que la mort civile vient frapper ne peut pas laisser de testament valable, ce n'est nullement pour incapacité.

Enfin, Delvincourt cite, à l'appui de sa doctrine, l'arrêt de cassation, ci-dessus relaté, du 15 janvier 1816 ; mais cet arrêt n'a aucun trait à la question actuelle, car il juge seulement que l'enfant d'un mort civilement, né en mariage putatif, peut succéder *aux parents* de son père, comme nous l'avons démontré nous-même; mais il ne dit en aucune

façon qu'il puisse succéder à *son père*. Il s'agissait, dans l'espèce, de la grand'tante paternelle de l'enfant.

C'est donc un point qui reste certain; pour qu'une succession soit recueillie, il faut et capacité de recevoir, d'un côté, et, de l'autre, capacité de transmettre; et dès lors, les enfants qu'un mort civilement aurait eus d'un mariage contracté de bonne foi par l'autre époux, quoiqu'ils eussent les effets civils d'un mariage légitime, ne pourraient cependant pas, à cause de l'incapacité du père, recueillir les biens que ce père laisserait lors de sa mort naturelle.

XI. — 184. Comme on l'a dû comprendre, nous n'avons parlé dans le numéro précédent que des biens que le mort civilement aurait acquis après la mort civile encourue; car pour ceux qu'il possédait au moment où la mort civile l'a frappé, ils ont passé dès ce moment même, conformément au premier alinéa de notre article, aux héritiers légitimes, enfants ou autres, qu'il avait alors.

Et en effet, au moment que la *mort civile* frappe un individu, il est clair qu'elle le trouve *vivant civilement;* à ce moment, par conséquent, il est capable; il peut donc transmettre ses biens comme s'il mourait naturellement, et il les transmet en effet, comme on le voit par le texte de notre article. Mais il n'en est plus de même pour les biens qu'il acquiert postérieurement et qu'il laissera lors de sa mort; car, lors de cette mort naturelle, il sera, depuis longtemps peut-être, mort civilement, et par conséquent incapable de transmettre; ses biens ne pourront donc passer ni à ses héritiers légitimes (art. 25, alin. 2), ni à des donataires ou légataires (*idem,* alin. 2); ils appartiendront à l'État, conformément à l'art. 33.

Mais, puisque la personne est nécessairement *vivante civilement,* quand la mort civile vient la frapper, et que, par conséquent, elle est alors capable de transmettre, pourquoi donc le testament qu'elle laisse ne produit-il pas d'effet?

Les auteurs se sont arrêtés tous, sur cette question, à une doctrine tellement bizarre, tellement absurde, que l'on a peine à concevoir qu'elle ait pu seulement être émise par l'un d'eux... Tous enseignent que le testament de celui dont la succession s'ouvre par la mort civile ne peut valoir *parce que la mort civile produit incapacité d'avoir une volonté, incapacité de transmettre*. Il faut, pour qu'un testament soit valable, que le testateur ait eu capacité de disposer au moment de la confection, et capacité de transmettre au moment de son décès; *or,* disent les auteurs, *celui que la mort civile vient frapper ne peut pas avoir cette seconde capacité* (1).

Nous avons déjà prouvé la fausseté de cette étrange proposition; mais nous devons insister de nouveau.

185. Pierre et Paul ont fait leur testament il y a deux ans; aujour-

(1) Toullier (I, 281); Delvincourt (t. I); Duranton (I, 248); A. Dalloz (*Dict.*, v° Mort civ., n°° 47, 48); Coin-Delisle (n° 17); Richelot (I, 113); Lagrange (*Exam. crit.*, p. 120).

d'hui Pierre est malade dans son lit, et Paul, sous le coup d'une accusation criminelle, est traduit devant la Cour d'assises; Pierre rend le dernier soupir, pendant que Paul, condamné aux travaux forcés à perpétuité, entre au bagne; l'un est mort naturellement, l'autre est mort civilement, et les successions de tous deux sont ouvertes; mais le testament de Pierre est valable, celui de Paul est nul : pourquoi cela?

Toullier, M. Duranton et autres répondent (probablement sans se comprendre eux-mêmes) : « Paul est mort civilement; or, la mort civile empêche d'avoir légalement une volonté, et rend incapable... » Très-bien; mais est-ce que la *mort naturelle* n'empêche point aussi d'avoir une volonté et ne rend point incapable? Comment donc Pierre, qui est mort *naturellement,* lui, a-t-il un testament valable; tandis que celui de Paul, qui n'est mort que civilement, est nul?...

Comment! pour savoir si un individu est mort capable ou incapable, c'est le moment *qui a suivi* sa mort et l'état dans lequel cette mort l'a placé que vous considérez!!! Mais nécessairement, d'après ce principe, vous le trouverez *toujours* incapable; car, dès qu'on est mort, naturellement ou civilement, on n'a plus de capacité; en sorte que vous n'auriez *jamais* un testament, *un seul testament,* qui pût avoir effet! Quelle curieuse doctrine!

Les auteurs auraient dû voir qu'en regardant un individu comme déjà incapable par l'effet de la mort civile, au moment que cette mort civile vient l'atteindre, ils mettaient l'effet avant la cause, la conséquence avant le principe. Quand on veut savoir si un individu est mort capable ou incapable, il est clair qu'il faut considérer, non pas le moment qui a suivi sa mort, mais celui qui l'a précédée, l'état dans lequel il était quand cette mort l'a atteint. Or celui qui est mort civilement avait la vie civile quand la mort civile l'a frappé; cette mort civile l'a donc trouvé capable, il est mort capable.

Ce n'est donc pas par une conséquence des principes généraux, que l'individu dont la succession s'ouvre par la mort civile est réputé mort *ab intestat;* c'est, au contraire, par une exception à ces principes, et la cause de cette exception est facile à donner.

Quand la loi vient nous dire : « Exprimez votre volonté quant à la transmission de vos biens, et je me charge de faire respecter votre volonté après votre mort », c'est assurément un grand bienfait qu'elle nous offre; eh bien! elle a jugé indigne de ce bienfait celui qui s'est mis dans le cas d'être retranché du sein de la société. Ce n'est donc pas pour incapacité, mais *pour indignité,* que le testament reste sans effet dans ce cas.

XII. — 186. Un professeur de l'Université de Berne, M. Renaud, en traitant après nous cette question, a écrit : « M. Marcadé a démontré avec évidence la pétition de principe sur laquelle repose l'argument (de Toullier, Delvincourt, M. Duranton, etc.)... Mais l'explication qu'il essaye de substituer ne vaut pas mieux... Selon lui, ce ne serait pas pour incapacité mais pour *indignité,* que le testament resterait sans effet... — Il est inconcevable que ce jurisconsulte ait oublié que ni le

droit romain ni le droit français ne connaissent une indignité du testateur. Ce n'est que le successeur (et le successeur *ab intestat*) que la loi appelle *indigne* (p. 89). »

Nous n'avons pas oublié l'idée que rappelle ici M. Renaud. Mais nous avons dit et nous disons que si, pour un testateur mourant civilement, le *mot* INDIGNITÉ n'existe pas dans le Code, la *chose* existe et se trouve la cause de la nullité du testament. Nous allons le prouver en appréciant à notre tour la théorie de M. Renaud.

C'est par l'histoire que M. Renaud veut expliquer le point en question. Il fait remarquer que, dans notre ancien droit, la mort civile était, à tort, regardée comme répondant à la *media capitis deminutio* des Romains; que cette dernière emportant incapacité de tester, on attribua, par une fausse doctrine, le même effet à la première; que telles étaient notamment les idées de Richer, dans son *Traité de la mort civile*; et que le législateur de 1804 a reproduit sans examen cette ancienne idée, qu'il aurait fallu rejeter (p. 90, 91, 92).

Notre réponse est que M. Renaud n'a pas bien saisi la pensée de nos anciens auteurs, devenue cellè du Code.

Il est bien vrai qu'on parlait d'incapacité pour expliquer la nullité du testament s'ouvrant par la mort civile du condamné; mais quand on prend la peine d'examiner la nature de cette prétendue incapacité, on voit bientôt qu'elle n'était qu'une indignité. Nous en trouverons la preuve dans l'auteur même qu'invoque M. Renaud, dans Richer. « Il faut faire attention, dit Richer, que la capacité de tester et la validité des testaments sont des émanations de la loi civile, et ne peuvent dès lors appartenir qu'*à ceux qu'elle favorise;* or, peut-on dire qu'elle favorise l'homme qu'elle condamne à la perte de tous ses droits? Lorsqu'on dit que le testateur *doit être capable,* cela ne signifie autre chose sinon qu'*il doit être sous la protection de la loi;* or, peut-on dire qu'un homme qui meurt civilement soit sous la protection de la loi?... Par rapport à l'argument tiré de la comparaison des religieux, nous répondons qu'il faut distinguer les deux espèces de mort civile. Celle du condamné est une *peine* qui rend *indigne* des avantages du citoyen... Au contraire, celui qui fait profession en religion *est digne* de toutes sortes de faveurs. » (Richer, p. 478 à 480.)

Ainsi, le testament ouvert par la mort civile n'était pas nul par l'effet de cette mort civile (puisqu'il restait valable quand la mort civile résultait de la profession religieuse). C'était parce que l'individu qui est *condamné* à une peine emportant mort civile est *indigne* des faveurs de la loi, que le sien était annulé. Telle était la pensée de nos anciens auteurs, pensée reproduite dans notre art. 25.

Il reste donc constant que c'est l'indignité du testateur qui fait annuler le testament s'ouvrant par la mort civile (1).

---

(1) Des trois auteurs qui ont traité ce titre depuis nous, deux, Valette (sur Proudhon, p. 149), et M. Demolombe (I, 200), partagent notre sentiment. Le troisième, M. Duvergier (I, p. 204), laisse passer sans observation la doctrine absurde de l'incapacité, professée par Toullier comme par tous nos autres devanciers.

XIII. — 187. Si, au lieu d'un testament, c'était une donation de biens à venir, une *institution contractuelle,* qui eût été faite par celui que la mort vient frapper ensuite, cette donation serait valable. D'abord, puisque c'est pour indignité et par exception aux principes, que le mort civilement ne peut pas laisser de testament lors de sa mort civile, c'est donc là une disposition tout à la fois exceptionnelle et pénale; cette disposition doit donc, par cette double raison, être restreinte au cas formellement prévu par son texte; or, notre article, dans l'alinéa 1er, ne parle que du testament; d'ailleurs, comme nous l'avons déjà dit sous l'art. 2, n° VIII, il y a, dans ce cas, pour le donataire, un droit irrévocablement acquis du jour même de la donation; ce droit doit donc être respecté.

A plus forte raison, la mort civile serait sans influence sur la donation entre-vifs que l'individu aurait faite pendant sa vie civile; puisque, comme on l'a dit également sous l'art. 2, le donataire est devenu, le jour même de la donation, propriétaire des biens donnés, lesquels, dès lors, ne sont plus dans le patrimoine du donateur, au moment que la mort civile le frappe.

XIV. — 188. Il nous reste une dernière remarque à faire sur cet article 25.

La mort civile étant un état, une qualité personnelle de l'individu, elle l'accompagnera partout; en quelque lieu qu'il aille, le mort civilement sera traité comme mort civilement dans ses rapports avec la société française, ou avec des individus français.

Il ne pourrait donc pas prétendre à une succession ouverte en France, en vertu de la loi du 14 juillet 1819, qui, cependant, accorde le droit de succession à tous les étrangers; car cette faculté de succéder, bien que donnée aux étrangers, n'en est pas moins un droit civil conféré par la loi française : or, le mort civilement ne peut jouir que de ceux de ces droits qui sont relatifs à son existence naturelle.

Mais il est clair qu'il pourrait jouir des droits civils dans un autre État, car le jugement d'où résulte contre lui la mort civile est, vis-à-vis des nations étrangères, *res inter alios judicata;* et jamais, sans doute, on n'aura l'idée de prétendre qu'un jugement rendu en France soit obligatoire pour tous les peuples de la terre. Ainsi, le mariage qu'il contracterait en pays étranger serait valable, en tant, bien entendu, qu'il n'en invoquerait pas les effets en France contre des Français. Ainsi encore, les divers actes par lui faits dans ce pays étranger, où la jouissance des droits civils lui aurait été accordée, ne pourraient pas être argués de nullité par les citoyens de ce pays, sur le fondement qu'il est mort civilement; car, nous le répétons, le jugement d'où résulte sa mort civile est *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet nec prodest,* et il ne peut être invoqué avec effet que par la société française, ou l'un de ses membres, parce que c'est cette société seulement qui a été partie au procès.

26. — Les condamnations contradictoires n'emportent la mort

civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie.

SOMMAIRE.

I. Différence entre la condamnation contradictoire et la condamnation par contumace, entre l'exécution réelle et l'exécution fictive.

II. La mort civile, dans la condamnation contradictoire, frappe au moment même de l'exécution. Erreur de Merlin, Toullier et Proudhon.

III. Dans les exécutions successives, c'est au commencement de l'exécution que la mort civile est encourue. L'exécution des travaux perpétuels ne commence que par l'entrée au bagne. Dissentiment avec Toullier, M. Duranton, M. Valette, etc.

IV. Dans l'intervalle entre la condamnation et la mort civile, le condamné conserve toute sa capacité.

I. — 189. Cet article et les six qui suivent vont nous dire comment les condamnations, soit contradictoires, soit par contumace, emportent mort civile ; et quels sont les effets différents qu'elles produisent contre le condamné.

On sait déjà que la condamnation est dite contradictoire ou par contumace, selon qu'elle est prononcée en la présence ou en l'absence de l'accusé.

Il y a aussi deux sortes d'exécution : l'exécution *réelle,* qui se fait sur la personne même du condamné ; et l'exécution *fictive* ou *par effigie,* qui consiste tout simplement, aujourd'hui, aux termes de l'art. 472 du Code d'instruction criminelle, dans l'apposition (faite par l'exécuteur des hautes œuvres, à un poteau planté sur une place publique) d'une affiche présentant l'extrait du jugement de condamnation. Cette dernière exécution a lieu quand le condamné n'est pas entre les mains de la justice. Autrefois, dans les condamnations à la peine de mort, l'exécution fictive s'opérait au moyen d'un tableau que l'on attachait à l'instrument du supplice... C'est de là qu'est venu le nom d'exécution par effigie (*per effigiem*).

II. — 190. Merlin (*Rép.,* vº Mort civ. § 1, art. 5), Toullier (I, 274), Zachariæ (I, p. 163) et Proudhon (I, p. 74), prennent au pied de la lettre ces mots de notre article *à compter* DU JOUR *de l'exécution,* et prétendent que la mort civile est encourue dès le commencement de ce jour. Ils se fondent, pour le décider ainsi, sur l'art. 2134, d'après lequel les hypothèques n'ont de rang que *du jour* de leur inscription, de sorte que les diverses hypothèques prises le même jour, quoiqu'à des heures différentes, ont le même rang ; puis, sur l'art. 2260, qui dit que la prescription se compte *par jours* et non pas par heures. Mais vraiment, quelle relation y a-t-il donc entre la mort civile et une hypothèque ; entre la mort civile et la manière de compter la prescription ?

Il n'est pas douteux que, par ces mots, *à compter du jour de l'exécution,* le législateur n'ait voulu dire *à compter de l'exécution*, c'est-à-dire à compter du *moment même* de cette exécution. La mort civile n'est que la conséquence de la condamnation *mise à exécution :* comment l'effet pourrait-il exister avant sa cause ?

Merlin appuie sa doctrine sur ce que les mots, *à compter du jour,*

étant inclusifs de ce jour, c'est nécessairement *ce jour*, le jour entier et non une partie seulement, qu'il faut leur faire comprendre; mais il est évident que cette conséquence est illogique et dépasse les prémisses d'où l'on veut la déduire. Merlin lui-même avoue que, par exemple, dans l'art. 402, portant que l'*interdiction aura son effet* DU JOUR *du jugement*, le jour du jugement n'est compris que *partiellement*, parce que décider autrement, ce serait, dit-il, faire rétroagir le jugement et placer les effets avant la cause. — Eh bien, il en est exactement de même ici; et il est étrange que Merlin n'ait pas admis une chose aussi simple.

La comparaison des règles du Code sur ce point avec celles de notre ancien droit nous paraît prouver péremptoirement l'erreur de Merlin et des auteurs qui l'ont suivi.

Dans notre ancienne jurisprudence, la mort civile était encourue *au moment* de l'exécution fictive, dans les condamnations par contumace (si le condamné ne se présentait pas dans les cinq années suivantes); et quant aux condamnations contradictoires, c'était, suivant l'opinion la plus répandue, *au moment* où la sentence était prononcée, et selon d'autres, *au moment* seulement de l'exécution comme dans le cas de contumace. Ainsi, c'était tantôt par l'exécution seulement, tantôt par la sentence même, que la mort civile était encourue; mais on se gardait bien de placer l'effet avant sa cause, et il était bien entendu que la mort civile n'avait lieu qu'à l'instant qui suivait soit le jugement, soit l'exécution, et jamais avec un effet rétroactif qui fît remonter la mort civile au commencement de la journée dans laquelle avaient eu lieu cette exécution ou ce jugement. Il est vrai qu'on se servait souvent, comme le fait notre article et comme il est naturel de le faire, de ces expressions le *jour du jugement*, le *jour de l'exécution;* mais c'était comme synonyme de celle-ci, le *moment*, l'*instant de l'exécution ou du jugement;* et la preuve, c'est que les auteurs employaient indistinctement tantôt les unes, tantôt les autres. C'est ainsi que Pothier, qui dit, au chap. 3, *Des success.*, que : « Si le jugement de premier ressort est confirmé en appel, la succession sera ouverte *du jour* du jugement, et non pas seulement *du jour* de l'arrêt; parce que c'est *du jour* du jugement que le condamné a encouru la mort civile, » a soin d'expliquer dans le chap. 1 que la mort civile n'existe que *depuis le jugement* ou *depuis l'exécution*, et que la vie civile dure, sans aucun effet rétroactif, jusqu'au *temps* de l'exécution ou du jugement; et il développe notamment cette idée que « l'accusé est capable de succéder tant qu'il n'est point condamné, et qu'il succède effectivement à ses parents morts depuis l'accusation, *quand même il serait condamné par la suite.* » (Voy. *Success.*, chap. 1, sect. 2, art. 2, § 3; ch. 3, sect. 1, § 3.) — Nous avons dit que la condamnation contradictoire produisait la mort civile au moment du jugement selon les uns, et lors de l'exécution seulement selon d'autres. En effet, nous venons de voir Pothier enseigner la première doctrine; Gilbert des Voisins soutenait la seconde. « La mort civile, disait-il, est l'état d'un homme retranché de la société, et qui ne

peut plus contracter avec elle. Cela posé, comment veut-on qu'un jugement prononcé dans le secret d'une chambre criminelle fasse connaître à la société qu'elle ne peut plus contracter avec le condamné? Il faut, pour qu'elle soit instruite, que le jugement ait été rendu public; or, il ne peut l'être que par l'exécution, et par conséquent la mort civile ne peut commencer que *du jour de l'exécution* du jugement. » (Denizart, v° *Mort civile.*) — Cette idée est celle que le Code consacre (quoique le motif présenté par Gilbert n'existe plus, puisqu'il y a aujourd'hui publicité des débats criminels). Ainsi, le Code reporte la mort civile jusqu'à cinq ans depuis l'exécution dans les jugements par contumace (art. 27), au lieu de la laisser au moment même de l'exécution comme dans l'ancien droit; et dans les condamnations contradictoires, il la retarde jusqu'au moment de l'exécution, comme le voulait Gilbert, au lieu de la placer au moment de la condamnation, conformément à la doctrine de Pothier.

Il est clair que notre article, quand il dit que la mort civile ne sera encourue *que* par l'exécution, fait allusion à la dissidence qui existait sur ce point et signifie que la mort civile ne résultera pas de la condamnation, comme le voulaient la plupart, mais seulement de l'exécution, comme quelques-uns le prétendaient. Or, puisque les uns et les autres disaient bien que c'était *l'instant* même ou de la condamnation ou de l'exécution qui voyait naître la mort civile (quoiqu'en se servant du mot *jour,* comme le fait Gilbert lui-même), il est évident que notre article n'a pas pu être rédigé dans un autre sens (1).

III. — 191. Pour la peine de mort, ce n'est pas le moment où l'exécution commence, par exemple, celui où le condamné sort de prison pour aller à l'échafaud, qu'il faut considérer, mais le moment où il est frappé du coup mortel. Car, si pendant le trajet, le condamné venait à mourir, on ne pourrait pas dire, assurément, que la condamnation à mort ait été exécutée; et, par conséquent, la mort civile n'aurait pas été encourue. Quant aux travaux perpétuels et à la déportation, il en est autrement. Comme toute la durée de la peine n'est alors qu'une continuation de l'exécution, et qu'on ne peut pas mourir civilement pendant six, dix années ou plus, il est clair que la mort civile sera encourue du commencement de l'exécution.

Cette exécution, dans le cas des travaux perpétuels, ne commence, selon nous, qu'au moment où le condamné entre au bagne; pour la déportation, il faut considérer le commencement de la détention, qui, jusqu'à nouvel ordre, remplace légalement la déportation réelle. Cependant Toullier (I, p. 275), M. Duranton (I, 222), M. Coin-Delisle (n° 5), M. Zachariæ (I, p. 322) et M. Valette (sur Proudhon, I, 141), enseignent que l'exécution, dans le cas de travaux perpétuels, commence par l'exposition. Nous n'admettons pas cette doctrine. L'exposition du condamné, l'opération par laquelle on lui met les fers, et

(1) *Conf.* Delvincourt, Duranton (I, 221); Coin-Delisle (n° 9); Valette (sur Proudhon, I, p. 139); Richelot (n° 105); Dalloz (v° *Dr. civ.*, sect. 3); Demolombe (I, 217).

son transport au bagne ne sont que les *préliminaires* de l'exécution (1).

La principale raison que l'on fait valoir et que l'on regarde comme péremptoire pour la doctrine contraire, c'est que l'exposition, d'après l'art. 22 du Code pénal, ayant lieu en principe dans tous les cas de travaux perpétuels, elle se trouve dès lors n'être qu'un mode d'exécution de cette peine. Mais n'est-ce pas là une erreur? A la vérité, la peine accessoire de l'exposition est encourue, en général, dès que l'est la peine principale des travaux perpétuels, mais il ne suit pas de là que l'exposition et les travaux perpétuels soient une seule et même peine. Il y a là deux peines distinctes ; et ce qui le prouve, c'est que les travaux perpétuels, d'une part, peuvent quelquefois avoir lieu sans exposition, et que, d'un autre côté, l'exposition a bien lieu sans les travaux perpétuels (puisqu'elle est subie aussi, aux termes du même art. 22 du Code pénal, par les condamnés aux travaux temporaires et même à la réclusion). Il y a donc là deux peines distinctes. Aussi cet art. 22 du Code pénal nous dit que le condamné sera mis en exposition *avant de subir sa peine :* cette peine est donc autre chose que l'exposition. — M. Richelot (I, 106) et M. Demolombe (I, 218) se sont rangés à notre opinion.

IV. — 192. Puisque la mort civile n'est encourue que par l'effet de l'exécution, il s'ensuit que pendant l'intervalle de la condamnation à l'exécution, le condamné est capable; qu'il recueillerait les successions qui s'ouvriraient à son profit ; et que, s'il mourait, son testament serait valable.

27. — Les condamnations par contumace n'emporteront la mort civile qu'après les cinq années qui suivront l'exécution du jugement par effigie, et pendant lesquelles le condamné peut se représenter.

I. — 193. Ce serait ici le cas d'invoquer la disposition de l'article 2260, pour décider, par analogie, que le délai de cinq ans se comptera par jours et non par heures ; ici, en effet, c'est une véritable prescription qui commence à courir contre le condamné, ainsi que nous allons le voir par les articles suivants. Mais nous ne ferons pas courir les cinq années du commencement du jour de l'exécution, nous les ferons courir, au contraire, de la fin de ce jour, parce que, d'abord, il est de règle que, dans la prescription, on ne compte pas le jour d'où l'on part ; que, d'ailleurs, la disposition de notre article est toute de faveur et qu'il est encore de principe qu'on doit étendre, autant que l'esprit du législateur le permet, les dispositions favorables, *favores ampliandi,* de même qu'on doit restreindre les dispositions rigoureuses. Ainsi, par exemple, si l'exécution fictive a eu lieu le 15 janvier 1838, les cinq années ont commencé à courir ce même jour, à minuit, et expireront le 15 janvier 1843, à minuit ; si donc le contumax mourait au

(1) L'exposition publique a été abolie par décret du 12 avril 1848.

milieu de ce jour, 15 janvier 1843, il mourrait avec l'intégrité de ses droits civils, conformément à l'art. 31.

28. — Les condamnés par contumace seront, pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représentent ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, privés de l'exercice des droits civils.

Leurs biens seront administrés et leurs droits exercés de même que ceux des absents.

SOMMAIRE.

I. Dans le cas de contumace, il faut distinguer trois périodes. — Notre article se réfère à la première.

II. Pendant cette première période, le contumax est privé de l'exercice seulement des droits civils. L'empêchement qui existe alors à son mariage n'est que prohibitif.

III. C'est la Régie des domaines qui administre ses biens pendant cette période. — Si le contumax reparaît dans les cinq ans, ses biens lui sont rendus; si les cinq ans expirent avant sa comparution, la Régie les remet à ses héritiers, qui en deviennent alors propriétaires. — Erreur de Delvincourt, qui prétend que les héritiers n'ont droit à ces biens qu'après vingt ans depuis l'arrêt.

IV. Jusqu'à la restitution, la Régie administre les biens comme biens d'absent, c'est-à-dire qu'en les restituant, elle garde les 4 cinquièmes des revenus.

I. — 194. Dans le cas d'une condamnation par contumace qui doit emporter mort civile, il faut distinguer, avec la loi, les trois périodes :

La première est celle de cinq ans à partir de l'exécution fictive du jugement.

La deuxième commence à l'expiration de cinq années et dure quinze ans (quinze ans moins quelques jours; car cette période expire, aux termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, après vingt années de la *date de l'arrêt,* et elle commence, comme on le voit, après une première période de cinq années qui courent à partir *de l'exécution* par effigie; or, l'arrêt aura précédé de quelques jours, et peut-être de quelques semaines, cette exécution; il suit de là que quand cette deuxième période commence, l'arrêt, qui est son point de départ, a déjà un peu plus de cinq ans de date, et que par conséquent cette période a un peu moins de cinq ans à durer).

La troisième période comprend tout le temps qui s'écoule depuis l'expiration de la seconde, jusqu'à la mort du condamné.

Pendant la première période, le condamné conserve la vie civile.

Pendant la seconde, il est mort civilement; il peut seulement par sa comparution, renaître à la vie civile *pour l'avenir,* ce premier jugement conservant tous les effets qu'il a produits.

Enfin, par l'arrivée de la troisième période, l'état de mort civile devient immuable : le condamné a prescrit alors, contre la société, le droit qu'elle avait de le poursuivre à raison de son crime; mais réciproquement, la société a prescrit contre lui le droit de réclamer justice et de se faire juger contradictoirement, comme il le pouvait pendant la première et la deuxième période.

II. — 195. Pendant la première période, qui est de cinq ans à partir

de l'exécution par effigie, le condamné, aux termes de notre article, n'est privé que de l'exercice des droits civils et il en conserve la jouissance : mais cette simple privation de l'exercice l'empêche de faire aucun acte civil, puisque faire un acte civil, c'est exercer un droit civil. Il ne ferait donc pas un testament valable, il ne pourrait ni faire ni recevoir une donation entre-vifs ; il est dans un état d'interdiction légale.

Mais pourrait-il se marier? Il existe pour le mariage, comme nous le verrons plus tard, deux espèces d'empêchements : les empêchements *prohibitifs* et les empêchements *dirimants*. L'empêchement dirimant est une cause de nullité pour le mariage contracté au mépris de son existence. L'empêchement qui n'est que prohibitif, au contraire, forme bien un obstacle à ce que le mariage soit célébré ; mais si, par la négligence de l'officier de l'état civil, ou la fraude d'un individu, le mariage a été une fois célébré, l'existence de cet empêchement ne suffit pas pour le faire annuler ; il reste valable.

Or, nous croyons que la privation d'exercice des droits civils, dont parle notre article, ne forme qu'un empêchement prohibitif. En effet, la nullité d'un mariage ne peut être prononcée que pour les causes formellement indiquées par la loi ; or, il n'existe aucun texte qui prononce la nullité pour cette cause. Si donc le mariage de ce contumax, tout défendu qu'il est, venait à être contracté en fait, il resterait valable.

III. — 196. Si l'on prenait à la lettre et sans modifications la disposition du second alinéa de notre article, on déciderait qu'il faut appliquer ici toutes les règles du titre *Des absents ;* or, ce serait une erreur. En effet, d'après les règles de ce titre, quand une personne est déclarée absente, ses héritiers présomptifs peuvent se faire envoyer en possession provisoire de ses biens ; tandis qu'ici, d'après les art. 466, alinéa 2, 471, 472 et 475 du Code d'instruction criminelle, c'est par la Régie des domaines que les biens du condamné seront administrés, pour que le compte du séquestre soit rendu plus tard à qui il appartiendra. Quelques auteurs avaient d'abord douté que ce fût la Régie qui dût administrer dans ce cas ; mais alors, pourquoi l'art. 472 du Code d'instruction criminelle exigerait-il qu'on transmît l'arrêt, dans les trois jours, à l'administrateur des Domaines ? Pourquoi, d'après l'art. 475, serait-ce l'autorité *administrative* et non l'autorité judiciaire, le tribunal civil, qui, détermínerait les secours à accorder à la famille du contumax ? Il est évident, et personne ne le nie aujourd'hui, que c'est bien la Régie qui doit administrer.

Cette administration de la Régie finira, soit par la comparution en justice du contumax, avant l'expiration de notre première période de cinq ans, parce qu'alors le contumax est remis en possession de ses biens d'après l'art. 29, soit par l'expiration de cette période de cinq ans avant la comparution du contumax, parce que, par l'expiration de ces cinq ans, la mort civile est encourue, aux termes de l'art. 27, et que, par conséquent, les biens passent à ses héritiers en toute propriété, aux termes du premier alinéa de l'art. 25. Ainsi l'administration de la Régie ne durera jamais plus de cinq ans, et les biens seront toujours

restitués par elle, soit avant les cinq ans, au condamné lui-même, soit à l'expiration de ces cinq ans, aux héritiers de ce condamné.

Ceci prouve que l'art. 471, précité, du Code d'instruction criminelle ne doit pas, dans le cas de mort civile, être appliqué en entier, puisque, d'après cet article, le compte du séquestre ne serait rendu qu'après le délai donné pour purger la contumace, c'est-à-dire après vingt ans de la date de l'arrêt, aux termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, tandis que c'est toujours dans les cinq ans que la remise aura lieu ici.

197. Quelques auteurs cependant, notamment Delvincourt, enseignent que c'est cet art. 471 du Code d'instruction criminelle qu'il faut appliquer en entier; et la raison qu'ils en donnent, c'est qu'on ne peut admettre que l'individu frappé de mort civile à l'expiration des cinq ans depuis l'exécution fictive, mais qui, dans le cours de la deuxième période, reparaît et fait constater son innocence, fût réduit à la mendicité, pendant que ses héritiers jouiraient paisiblement de sa fortune.

L'argument, on le voit, n'a pas de force en droit; car ce n'est pas par des considérations plus ou moins touchantes qu'on renverse des dispositions de loi. Delvincourt n'avait qu'une chose à faire, c'était de prouver que l'art. 471 du Code d'instruction criminelle déroge à nos art. 27 et 25, alinéa 1er. Mais le contraire est évident.

L'art 471 du Code d'instruction criminelle est une disposition générale qui s'occupe de tous les cas de contumace, comme les articles qui le précèdent et qui le suivent, comme le chapitre entier auquel il appartient, lequel est intitulé : *Des contumaces*. Au contraire, nos art. 25 et 27 sont spéciaux pour la contumace en mort civile, et appartiennent à une section qui a pour objet particulier d'organiser la mort civile et d'en expliquer les effets; or, *specialia generalibus derogant*.

Quiconque voudra, en se débarrassant de toute prévention, jeter un coup d'œil sur notre section, d'un côté, et de l'autre, sur le chapitre du Code d'instruction criminelle, dont nous parlons, verra de suite que le législateur, dans l'art. 471 du Code d'instruction criminelle, a semblé se mettre en opposition avec ce qu'il avait dit au Code civil, c'est que, traçant des règles générales pour les diverses contumaces, il a perdu de vue le cas tout spécial et exceptionnel de contumace en mort civile.

Un article subséquent de ce même chapitre le lui prouvera clairement. Il verra, en effet, que dans l'art. 476 du même Code d'instruction criminelle le législateur, toujours préoccupé de ces règles générales, et de ce qui doit arriver le plus fréquemment, porte encore une disposition qui se trouverait fausse en cas de mort civile; mais qu'apercevant cette inexactitude, il la corrige par un second alinéa, dans lequel il rappelle encore les principes consacrés dans notre section, et contredit même ce que vient de dire l'art. 471; car il déclare que dans le cas de comparution du contumax après les cinq ans de l'exécution fictive, la mort civile encourue conservera ses effets; or, un des effets de la mort civile, comme on l'a vu à l'art. 25, c'est de dépouiller de tous ses biens celui qui en est frappé.

Mais comment Delvincourt aurait-il examiné la question sans prévention, lui qui avoue que, *même sous le Code civil seul* avant qu'il eût cet art. 471, avant, par conséquent, qu'il pût trouver dans la loi aucune contradiction *même apparente* aux dispositions des art. 25 et 27, il avait déjà l'opinion que nous combattons, opinion dans laquelle l'art. 471 du Code d'instruction criminelle n'a fait, dit-il, que le *confirmer?*

Delvincourt devait, pour être conséquent, aller beaucoup plus loin qu'il n'a fait. Il accorde que les successions ouvertes au profit du contumax depuis l'expiration des cinq ans sont irrévocablement acquises à ceux qui les ont recueillies à sa place; mais c'est une contradiction avec son principe d'humanité. Supposons qu'un des enfants d'un père opulent soit l'objet d'une condamnation par contumace emportant mort civile, qu'à l'expiration des cinq ans depuis l'exécution il n'ait pas reparu, et que son père meure quelque temps après. Si plus tard il revient et fait constater son innocence, cet enfant, d'après la doctrine du Code, doctrine que Delvincourt n'ose attaquer pour ce cas, n'aura rien des biens de son père, dont ses frères jouiront exclusivement, et il lui faudra peut-être mendier son pain, en présence d'une immense fortune à la laquelle il avait droit. Est-ce qu'une circonstance semblable ne mérite pas bien la sollicitude de Delvincourt? Et pouquoi donc donne-t-il une décision contraire pour ce cas?... La seule réponse à faire, c'est que, quand on se jette une fois dans l'arbitraire, il faut cependant bien s'arrêter quelque part, alors même qu'il n'y a pas de raison logique de le faire.

Delvincourt finit sa discussion en disant que pour lui faire embrasser l'opinion que nous soutenons, il faudrait lui montrer une *disposition si clairement rédigée* qu'elle fût exclusive de l'opinion contraire. Mais qu'on lise donc la loi : « Par l'effet de la mort civile (art. 25, alinéa 1er), la succession du condamné est ouverte, et il est dépouillé de tous ses biens, qui passent à ses héritiers. » Est-ce clairement rédigé? Puis, « les condamnations par contumace (art. 27) emporteront la mort civile après les cinq années qui suivront l'exécution du jugement par effigie. » Est-ce clairement rédigé? — Quant à nous, ces dispositions nous paraissent très-claires, et, tout en déplorant, aussi sincèrement que Delvincourt, les résultats pénibles et iniques qu'elles peuvent amener, nous sommes bien forcé d'en reconnaître la portée et de dire : *Dura lex, scripta tamen.*

IV. — 198. Les biens du contumax seront donc rendus, ainsi que le compte du séquestre, ou à lui-même, lors de sa comparution, si elle a lieu pendant les cinq ans depuis l'exécution fictive; ou, s'il n'a pas reparu à l'expiration de ces cinq ans, à ceux qui seront ses héritiers à cette époque. Du reste, ces biens, quoique administrés par la Régie des domaines, le seront cependant comme biens d'absent, aux termes de notre article et de l'art. 471 du Code d'instruction criminelle. Il suit de là que la Régie, sans pouvoir, bien entendu, administrer au profit de l'État, puisque c'est au contumax ou à ses héritiers que le compte doit

être rendu, pourra cependant prendre la portion de fruits accordés par l'art. 127, sur les biens d'un absent, aux envoyés en possession provisoire ou à l'administrateur légal.

Or, en combinant les dispositions de notre section avec cet art. 127, on voit que ce seront toujours les quatre cinquièmes des revenus qui appartiendront à la Régie, dans le cas qui nous occupe. Cet article, en effet, veut qu'on restitue un cinquième et qu'on garde les quatre autres, quand la reddition du compte se fait dans les quinze ans de la disparition de l'absent : or, dans le cas de mort civile, cette reddition, comme nous venons de le voir, aura toujours lieu, au plus tard, à la fin de la cinquième année.

29. — Lorsque le condamné par contumace se présentera volontairement dans les cinq années, à compter du jour de l'exécution, ou lorsqu'il aura éte saisi et constitué prisonnier dans ce délai, le jugement sera anéanti de plein droit; l'accusé sera remis en possession de ses biens : il sera jugé de nouveau; et si, par ce nouveau jugement, il est condamné à la même peine ou à une peine différente, emportant également la mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter du jour de l'exécution du second jugement.

I. — 199. L'équité demande, et c'est aussi un principe du droit civil, que l'individu jugé sans avoir été entendu puisse se faire juger de nouveau. Cette règle est ici appliquée au contumax, qui, par l'effet de sa comparution dans les cinq ans, redevient simple accusé, de condamné qu'il était. Le premier jugement est réputé non avenu, il est anéanti, même rétroactivement; tout le passé est oublié, et on recommence le procès comme si rien n'avait été fait. Si donc ce nouvel accusé est condamné à une peine emportant mort civile, il est clair que la mort civile ne sera encourue, conformément aux principes, que par l'exécution du nouveau jugement.

Toutefois, tout n'est pas anéanti, il est quelque chose dont les effets subsisteront : c'est l'interdiction dont le contumax était frappé. Sans doute, cette interdiction cessera par l'effet de sa comparution, mais elle ne sera pas anéantie rétroactivement; de sorte que tous les actes qu'il aurait faits pendant cette interdiction seraient et resteraient nuls. Car la cessation de cette interdiction ne peut pas confirmer des actes qui légalement n'ont pas d'existence.

En vain dirait-on que, le jugement étant anéanti par l'effet de sa comparution, le contumax est, jusqu'à preuve contraire, c'est-à-dire jusqu'à un nouveau jugement de condamnation, réputé innocent, par conséquent regardé comme ayant toujours eu la plénitude de ses droits, en telle sorte que les actes qu'il a faits n'étaient nuls qu'en apparence, et se trouvent par l'événement avoir été valables.

Ceci serait vrai si la privation d'exercice des droits civils était une conséquence de la condamnation par contumace prononcée contre lui,

et le châtiment du crime pour lequel ce jugement l'avait condamné; mais il n'en est pas ainsi; cette privation, comme on le voit par l'article 465 du Code d'instruction criminelle, a été la conséquence de l'ordonnance rendue par le président de la Cour d'assises, conformément à ce même article; elle est la punition de ce qu'il s'est montré rebelle à la loi en ne se présentant pas à la justice. On a donc commis une erreur quand on a écrit « que les actes qu'il a pu faire, pendant la contumace qui le constituait en état d'interdiction légale, reprennent toute leur force. »

II. — 200. Il est même un cas où le jugement de condamnation lui-même reprendrait sa force et continuerait de produire ses effets. C'est celui où le contumax, après s'être présenté, disparaîtrait de nouveau avant d'avoir été jugé.

En effet, se présenter pour s'échapper de suite après, ce n'est pas faire une comparution comme la loi l'entend; ce que la loi demande, pour faire tomber l'effet de la première sentence, c'est évidemment une comparution à l'effet d'être jugé contradictoirement, et non des comparutions successives ayant pour but d'ajouter un second délai de cinq ans au premier, puis un troisième au second. Celui donc qui s'échappe ainsi avant d'être jugé, n'accomplit pas la condition sous laquelle la loi accorde l'anéantissement du premier jugement; et, par conséquent, ce jugement n'est pas anéanti. Comparaître pour disparaître aussitôt, ce n'est qu'une comparution dérisoire; or, ce n'est pas par forme d'amusement et pour rire, qu'on nous passe l'expression, que la loi porte des dispositions.

Nous insistons là-dessus parce qu'un criminaliste distingué, M. Carnot (sur l'art. 476 du Code d'instr. crim.) enseigne que, dans ce cas, le délai de cinq ans recommence à courir du jour de l'exécution par effigie du second jugement. Le contraire nous paraît incontestable comme à M. Legraverend, et notre doctrine a été consacrée par un arrêt de cassation du 18 vendémiaire an XIV.

Il suit de là que, quand le contumax s'échappera ainsi, il n'y aura aucune utilité à prononcer le deuxième jugement, puisque c'est de l'exécution du premier que le délai de cinq ans continuera de courir.

30. — Lorsque le condamné par contumace, qui ne se sera représenté ou qui n'aura été constitué prisonnier qu'après les cinq ans, sera absous par le nouveau jugement, ou n'aura été condamné qu'à une peine qui n'emportera pas la mort civile, il rentrera dans la plénitude de ses droits civils, pour l'avenir, et à compter du jour où il aura reparu en justice; mais le premier jugement conservera, pour le passé, les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice.

SOMMAIRE.

I. Deuxième période. — Ce n'est pas seulement au cas d'absolution, c'est aussi et surtout au cas d'acquittement que s'applique l'article.

II. L'article, en maintenant, même dans le cas d'acquittement, les effets antérieurement produits par la mort civile, commet une iniquité que ne présentait pas l'ancien droit.
III. Même dans cette deuxième période, c'est le fait simple de la comparution qui rend la vie civile; et lors même que le deuxième jugement emporte mort civile, l'accusé jouit de la vie civile dans l'intervalle entre la comparution et le second jugement.
IV. La mort civile, une fois encourue, ne cesse jamais que pour l'avenir. — Critique de cette résurrection civile et de l'institution de la mort civile elle-même.
V. Cette résurrection civile ne rétablit pas le mariage; elle rend possible un mariage nouveau avec la même personne.
VI. Mais elle rétablit tous les liens civils de parenté que la mort civile avait rompus.
VII. Elle permet aussi au condamné de se rattacher, par une légitimation ou une simple reconnaissance, les enfants qu'il a eus pendant sa mort civile; mais ils ne se rattachent pas à lui de plein droit.

I. — 201. Cet article, comme on le voit, est relatif à la seconde période.

L'épithète *absous,* que cet article emploie, est inexacte aujourd'hui; il est certain que le législateur a eu en vue tout aussi bien et même plutôt le cas d'acquittement, que celui, plus rare, d'absolution. Il y a, entre absous et acquitté, cette différence très-grande, qu'un accusé est *acquitté* quand il est déclaré non coupable, tandis qu'il n'est qu'*absous* quand il est déclaré coupable, mais coupable d'un fait qui n'est puni par aucun texte de loi (art. 364, Instr. crim.).

Le législateur, nous le répétons, et les mots qui suivent dans l'article le prouvent assez, a voulu parler, d'une manière générale, des cas où l'individu ne serait pas condamné, ou serait condamné à une peine n'emportant pas mort civile. Une simple remarque historique le prouve complétement : dans l'ancienne jurisprudence, le mot *absolution* était seul connu pour indiquer tous les cas dans lesquels l'accusé était renvoyé de l'accusation dirigée contre lui. En 1789, il disparut de la langue juridique, sans doute à cause de sa physionomie religieuse, et fut remplacé par celui d'*acquittement;* ce n'est que postérieurement au Code civil, lors de la rédaction du Code d'instruction criminelle en 1810, que cet ancien mot fut employé de nouveau, mais avec le sens spécial que nous venons d'indiquer. Lors donc que le rédacteur du Code civil s'en est servi dans notre article, il est évident qu'il a entendu lui donner le sens générique qu'il avait autrefois, puisque le second sens n'existait pas encore.

II. — 202. Dans notre ancien droit (Voy. Pothier, *Traité des personnes,* t. 3, sect. 2), la sentence d'acquittement, alors même qu'elle n'était rendue qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement par contumace, anéantissait totalement les effets de ce jugement et faisait réputer non avenue la mort civile encourue antérieurement. C'était juste et raisonnable; car, quoi de moins logique et de plus inique tout à la fois, que de maintenir les effets d'une condamnation criminelle portée contre un malheureux qui, plus tard, prouve et fait constater son innocence?

C'est pourtant pour renverser cette disposition de la législation an-

cienne qu'a été fait notre art. 30, qui décide qu'après les cinq ans, le contumax, même en obtenant un jugement d'acquittement, ne pourra rentrer dans la vie civile que pour l'avenir et à partir seulement du jour de sa comparution.

III. — 203. Cet article, du reste, est incomplet; il nous dit bien ce qui arrivera si le contumax n'est pas condamné à une peine emportant mort civile; mais il ne dit rien du cas contraire. Que doit-on décider dans ce silence de la loi? Faut-il dire qu'il *continuera* d'être mort civilement et n'aura jamais cessé de l'être; ou bien dira-t-on qu'il a été rendu à la vie civile par l'effet de sa comparution, et que la mort civile, résultant du second jugement, *recommence* pour lui à l'exécution de ce second jugement? En d'autres termes, est-ce par l'effet de la comparution elle-même que la vie civile est rendue, ou bien la loi n'attachera-t-elle cet effet qu'à une comparution suivie d'un acquittement?

On sent l'importance de cette question, 1° pour tous les actes faits par l'individu dans l'intervalle écoulé depuis sa comparution, jusqu'au jugement qui le condamnerait; 2° relativement à son testament, pour le cas où il décéderait dans cet intervalle.

La question nous paraît facile à résoudre.

En effet, 1° un individu qui n'est qu'accusé ne peut pas être déjà frappé de mort civile; or, par l'effet de sa comparution, le contumax, de condamné qu'il était, redevient simple accusé; on commence contre lui un nouveau jugement. Or, il y aurait, ce nous semble, absurdité à dire que c'est un mort contre qui l'on instruit un procès, un mort, *un mort civilement*, contre qui on sollicite une sentence dont l'effet serait de le faire *mourir civilement*.

2° Le résultat que la théorie de la loi nous semble appeler, par cela seul qu'elle veut qu'on instruise un nouveau procès lors de la comparution du contumax peut encore s'induire de notre article par une autre voie. Cet article, en effet, veut que le contumax dont le jugement aura constaté l'innocence, soit rentré dans la vie civile à partir de sa comparution; mais si un contumax meurt dans le cours du procès et avant d'avoir prouvé son innocence, qu'il était cependant (nous le supposons) en état d'établir, n'est-il pas juste et conforme à l'esprit de la loi qu'il ne soit pas réputé mort coupable, puisqu'il n'était qu'accusé et que son innocence allait être reconnue bientôt? En tout cas, et même en dehors de l'hypothèse que l'accusé pouvait prouver son innocence, il est de principe que c'est l'innocence qui se présume et non la culpabilité, et par cela seul que le contumax acquiert, par l'effet de sa comparution, le droit de se faire juger, il doit être présumé innocent jusqu'à preuve contraire. Si donc le texte de la loi garde le silence sur cette question, son esprit y répond suffisamment.

3° Enfin, si notre article ne donne pas cette solution textuellement, il est un autre article qui le fait. C'est l'art 476 du Code d'instruction criminelle.

Cet article, dont nous avons déjà parlé sous l'art. 28, nous donne d'abord une proposition générale et relative à tous les cas de contumace, pour nous apprendre que, quand le condamné reparaîtra en justice dans les vingt années de la date de l'arrêt, le jugement par contumace sera anéanti ; puis, comme cette proposition serait fausse pour le cas particulier de contumace en mort civile, il la restreint en disant que, pour ce cas de mort civile, le premier jugement conservera ses effets, mais qu'il ne les conservera *que jusqu'au jour de la comparution en justice*, et il porte cette proposition sans distinction, sans examen du point de savoir si le second jugement sera un jugement d'acquittement ou un jugement de condamnation. Enfin ce qui est remarquable, c'est qu'en portant cette disposition, le législateur dit qu'il le fait *conformément à l'art.* 30 *du Code civil*, ce qui prouve, contrairement à la doctrine de quelques auteurs, que cet art. 476 n'est point une dérogation à notre article, et qu'en l'écrivant, le législateur ne faisait que formuler une pensée qu'il avait déjà en rédigeant la section que nous expliquons.

204. Tous les auteurs, du reste, n'adoptent pas la décision que nous venons de donner. Mais ceux qui la repoussent se contentent, sans répondre aux raisons que nous avons indiquées, de tirer de notre article un argument *à contrario* qui ne saurait avoir aucune espèce de valeur. Ils disent : « D'après l'art. 30, la vie civile sera rendue au contumax *quand il y aura jugement d'acquittement;* donc elle ne le sera pas *quand il y aura jugement de condamnation.* »

Cet argument aurait une valeur quelconque, si notre article avait pour but de répondre à cette question : COMMENT *le contumax recouvrera-t-il la vie civile après l'expiration des cinq ans?* Mais, comme on l'a vu n° II, l'article a été fait pour répondre à cette autre question différente : A PARTIR DE QUELLE ÉPOQUE *le contumax qui se fera juger innocent rentrera-t-il dans la vie civile? le premier jugement conservera-t-il ou non ses effets?* Le but de l'article a été de changer en ce point l'ancienne législation, qui déclarait le premier jugement non avenu, tandis qu'aujourd'hui il conserve les effets qu'il avait produits jusqu'au jour de sa comparution.

IV. — 205. Nous venons de voir que par une dérogation vraiment déplorable aux anciens principes, le contumax, par l'effet de sa comparution, même suivie d'un acquittement, ne rentre dans la vie civile que pour l'avenir. Par conséquent, il est toujours vrai de dire qu'il a été mort aux yeux de la loi, depuis l'expiration des cinq ans jusqu'à cette comparution ; en sorte que c'est une véritable *résurrection civile* qui a lieu. Donc, ainsi que nous l'avons déjà démontré, dans le n° III de l'art. 28, ses biens, dès le moment de cette expiration de cinq ans, ont passé aux héritiers qu'il avait alors et continuent de leur appartenir, parce que, s'il est vrai que la mort civile ne produira plus d'effets, puisqu'elle n'existe plus, ceux qu'elle a produits pendant qu'elle pesait sur le contumax continueront d'exister. En un mot, le premier

jugement cesse bien de produire ses effets à partir de la comparution, mais il n'est pas anéanti, et les effets antérieurement produits sont maintenus.

C'est, il faut le dire, une bien malheureuse innovation que celle qui résulte de la disposition de notre article sur ce point. Voyez... Un innocent est accusé d'un crime capital, et les apparences lui sont tellement défavorables qu'il croit nécessaire de se soustraire aux recherches de la justice; il est condamné par contumace, et à l'expiration des cinq années, la mort civile est encourue; rien de mieux jusque-là. Mais il reparaît, parce que les circonstances sont devenues meilleures; et, en effet, son innocence est complétement établie. Eh bien! n'importe, il subira les effets de la mort civile encourue; ses biens resteront irrévocablement acquis à des héritiers qui, peut-être, par une infâme spéculation, étaient les premiers, pendant les cinq ans de grâce, à rendre sa justification impossible! Il faut bien l'avouer, c'est là une disposition monstrueuse et digne d'un code de barbares. Et pour porter une semblable disposition, on a dérogé aux vrais principes du droit, on a heurté les enseignements du plus simple bon sens, en imaginant une résurrection civile qui fait naître d'inextricables difficultés.

En effet, que dire du mariage de cet homme civilement ressuscité? Se trouvera-t-il validé par son existence nouvelle?... Le lien de parenté qui l'unissait à ses enfants, aux divers membres de sa famille, et qui a été brisé lorsqu'il est mort, sera-t-il rétabli, maintenant qu'il est ressuscité?... Les enfants qu'il a eus pendant sa mort civile, et qui ne pouvaient avoir aucune relation légale avec lui tant qu'il était mort, se rattacheront-ils à lui par l'effet de sa résurrection?... Ce sont là des questions dont l'examen paraît presque une plaisanterie et qui ne se seraient pas présentées, si le législateur, au lieu de jeter dans la loi un miracle civil, avait déclaré que la rentrée dans la vie civile aurait toujours lieu avec un effet rétroactif qui fît réputer le passé non avenu. Nous ne savons, vraiment, ce qui doit étonner le plus ou de l'inhumanité ou du ridicule de notre art. 30.

Et ce n'est pas seulement cette résurrection civile, ce miracle légal, c'est l'institution même de la mort civile qui devrait disparaître de nos lois. Quelques observations suffiront pour en convaincre.

206. Remarquons d'abord que la mort civile, bien qu'organisée par le Code civil, est une institution purement pénale : elle ne se réalise jamais que par suite et comme châtiment d'un crime; c'est donc comme peine qu'il faut l'apprécier. Eh bien! nous n'hésitons pas à dire que la mort civile est une peine on ne peut plus vicieuse, et qui ne rachète par *aucune* utilité les inconvénients *énormes* qu'elle présente.

Et d'abord, la mort civile offre au suprême degré, l'un des plus grands vices qu'on puisse reprocher à une peine, celui d'être complétement inégale et inappréciable dans son action. De deux accusés *également coupables*, et, dès lors, *également punissables*, que la loi frappe tous deux de mort civile pour le *même crime*, il en est un qui présente un caractère élevé, des sentiments généreux, une position honorable, une

famille nombreuse et dévouée, des relations sociales distinguées, qui, en un mot, se trouve dans des conditions telles que le déclarer mort légalement, ouvrir sa succession, annuler son testament, dissoudre son mariage, briser ses liens de parenté, lui enlever toute faculté de donner ou de recevoir, et l'entourer de toutes les incapacités résultant de l'art. 25, c'est lui infliger le châtiment le plus cruel qu'il soit possible d'imaginer; pour l'autre, au contraire, qui n'a rien à perdre, ni sous le rapport matériel, ni sous le rapport moral, qui ne connaît d'autre mariage, d'autre famille, que des relations cyniques et ignobles avec des femmes qui sont à d'autres autant qu'à lui, et aux enfants desquelles il ne veut ni ne peut laisser son nom, pour celui-là, les effets que nous venons d'indiquer ne formeront qu'une peine extrêmement douce, ou plutôt, parfaitement indifférente, laquelle, en effet, sera pour lui comme non avenue, tellement qu'il la préférerait certainement à un simple emprisonnement de six mois.

Et non-seulement la mort civile est une peine inégale, mais encore (et c'est là un second vice que les observations ci-dessus font aussi ressortir) elle agit en sens inverse de la moralité de l'accusé; car c'est précisément pour l'homme tombé dans le dernier degré de démoralisation et de scélératesse, pour l'homme auquel on pourrait, sans danger, appliquer la pénalité la plus rigoureuse, qu'elle est une peine vraiment insignifiante, tandis qu'elle devient un châtiment énorme pour celui chez qui se trouvent de la grandeur d'âme et de nobles sentiments. Supposez deux accusés politiques : l'un, animé d'un vif désir du bien général pour lequel il se dévouait, n'a été poussé à prendre les armes que par l'exagération d'idées admirables en soi; l'autre, vil scélérat, ne voyait, dans le renversement social, qu'un moyen de pillage; tous deux sont condamnés à la déportation, peine emportant mort civile, et par là celui qui est *incomparablement moins coupable* sera frappé d'une manière *incomparablement plus terrible*.

Immorale sous ce rapport déjà, la mort civile l'est encore sous un autre point de vue. Voyez... La mort civile ouvre la succession d'un père au profit de ses enfants; eh bien! de deux choses l'une, ou bien les enfants useront rigoureusement de leur droit, en se faisant certainement mépriser de tous les honnêtes gens, ou bien ils n'accepteront que pour la forme l'ignoble avantage que notre Code leur présente, et feront parvenir à leur père, en éludant cette loi, les revenus qu'un peu de délicatesse leur défend de garder. Or, que dire d'une loi à la violation de laquelle applaudit la conscience publique, tandis que son exécution soulèverait l'indignation générale? La même réflexion se présente, et avec plus de force, quant au mariage du condamné. Qu'aurait-on dit, si, en 1830, l'épouse d'un des ministres du roi Charles X, oubliant ses devoirs au moment où ils devenaient plus sacrés, eût abandonné son époux pour aller former ailleurs une union adultère et méprisable, mais que le Code autorisait pourtant? Ici encore, comment la loi échapperait-elle au reproche d'immoralité?

Enfin, un autre vice de la mort civile, c'est qu'elle est *extra-person-*

selle, c'est-à-dire qu'elle atteint et frappe d'autres personnes que le coupable. Ainsi, ce n'est pas au mort civilement que nuit l'annulation de son testament, c'est à son légataire qui, lui, est parfaitement innocent et pour lequel ce testament pouvait bien être un acte de rigoureuse justice, la récompense de services rendus, la réparation de torts causés par le testateur. Ainsi encore, et ce second point est bien plus grave, ce n'est pas seulement le condamné, c'est aussi son conjoint qui subit la dissolution du mariage; or de quel droit privez-vous une femme innocente de son titre d'épouse? Pourquoi lui enlevez-vous les droits civils de son union? Qu'a-t-elle fait pour que vous la réduisiez ainsi, ou à vivre dans un célibat forcé, ou à contracter ailleurs une union que sa conscience lui dit criminelle et adultère, ou enfin, si elle reste avec son époux, comme la morale le lui commande, à n'être qu'une concubine et moins qu'une concubine, puisqu'elle ne doit pas espérer pour ses enfants, tombés au-dessous des bâtards, la reconnaissance qu'un père naturel peut donner aux fruits d'un commerce illicite?... Qu'on eût fait de la mort civile une cause de *demande* en dissolution, que par l'effet de la mort civile le conjoint du condamné eût eu la *faculté* de faire dissoudre son mariage et de faire prononcer son divorce, on le concevrait; sans doute, c'eût été encore contraire aux vrais principes de la morale et du droit naturel, et le législateur l'a reconnu lui-même, puisque le divorce a été aboli en 1816 et n'a pas été rétabli depuis 1830; mais, du moins, il n'y aurait pas eu d'injustice contre l'époux du condamné. Mais faire de la mort civile une cause directe de dissolution forcée, frapper l'épouse innocente, en la déclarant concubine alors qu'elle veut et doit conserver son titre d'épouse, c'est vraiment du luxe d'immoralité et d'injustice. Qu'une loi se fasse quelque peu immorale pour frapper sévèrement un grand coupable, c'est une chose qui se comprend encore, sans pouvoir se justifier; mais que cette loi pousse l'immoralité jusqu'à l'iniquité, jusqu'à l'absurde, pour atteindre un innocent, en vérité c'est trop.

Mais sans doute, une peine qui présente tant et de si grands vices n'a été consacrée par le législateur que pour sa haute utilité; sans doute, c'est là un de ces maux que l'on déplore, mais que l'intérêt social ne permet pas de supprimer?... Il n'en est rien, absolument rien; et si la mort civile est la plus illogique, la plus immorale et la plus inique des peines, elle en est en même temps la moins utile. Le seul résultat par lequel elle pourrait se recommander, celui de prévenir les crimes, est nul ou à peu près.

En effet, d'abord, celui qui ne sera point effrayé par la crainte de la mort, des travaux forcés à perpétuité ou de la détention perpétuelle, ne le sera certainement pas par la pensée de la mort civile, que ces peines entraînent après elles. Ensuite, les hommes dont il faut surtout se préoccuper, sous ce rapport, ces êtres démoralisés, de la part desquels les crimes sont le plus à craindre, sont précisément, comme nous l'avons déjà remarqué, ceux pour qui la mort civile est complétement insignifiante. Enfin, la mort civile étant une peine qui ne se

prononce pas, qui n'a point d'exécution matérielle et ne s'annonce par aucun acte extérieur, elle est à peu près inconnue parmi les gens du monde, ceux-là seuls en savent apprécier les effets, qui ont fait de la loi une étude spéciale. Comment, dès lors, serait-elle une peine exemplaire?

207. Tout se réunit donc pour demander la suppression de la mort civile, et l'on ne s'étonnera pas qu'en 1833, lors de la révision du Code pénal, quand de nombreux députés demandèrent cette suppression, il ne se soit pas élevé une *seule voix* pour essayer de justifier une institution aussi déplorable. La seule raison qu'on donna pour ne pas l'abolir, c'est que la mort civile étant organisée par le Code civil, et appartenant dès lors au droit civil, ce n'était pas dans une révision du Code pénal qu'on devait en prononcer l'abolition.

Certes, la considération n'était pas d'un grand poids, et il est triste que l'on en ait tenu compte. Mais enfin, la nécessité de la suppression s'est trouvée ainsi virtuellement reconnue par le législateur lui-même, et il est surprenant que la nouvelle proposition déposée dans ce but à l'Assemblée nationale par M. Wallon il y a deux ans (*séance du samedi* 1er décembre 1849), soit jusqu'ici restée sans résultat.

V. — 208. Nous avons indiqué au numéro précédent (IV) plusieurs questions vraiment délicates, qu'il nous faut résoudre maintenant.

Et d'abord, le mariage du contumax, mort civilement par l'expiration des cinq ans de grâce, recouvre-t-il son existence légale par la vie civile que la comparution rend au condamné? La négative ne nous paraît pas douteuse.

Il est vrai que si l'on adoptait la doctrine enseignée par quelques auteurs, notamment par M. Duranton, il n'y aurait pas même lieu de poser cette question. En effet, ces auteurs, argumentant du 3° de l'article 227, prétendent que dans le cas de mort civile résultant d'une condamnation par contumace, *ce n'est qu'après les vingt ans à partir de l'arrêt* que le mariage est dissous. Mais c'est là une erreur fondée, comme nous le verrons plus loin, sur un léger vice de rédaction de cet art. 227, et que nous réfuterons sous ce même article.

Or, par sa comparution après les cinq ans, le contumax ne recouvre la vie civile que pour l'avenir, et les effets qu'a produits la mort civile dans le passé ne sont pas rescindés (art. 30); donc le mariage qui a été dissous reste dissous et ne redevient pas valable par la rentrée dans la vie civile. Ainsi, il faudrait une nouvelle célébration pour que ce mariage existât de nouveau; ou plutôt, ce ne serait plus le même mariage, ce serait un mariage nouveau entre les mêmes personnes. Et, bien entendu, il faudrait, pour que cette célébration fût possible, que le conjoint du ressuscité fût libre; car si ce conjoint avait contracté un nouveau mariage d'un autre côté, ce mariage serait et resterait valable.

Il est clair qu'en formant ainsi un mariage qui est vraiment un mariage nouveau, les époux devraient faire un nouveau contrat, l'ancien se trouvant irrévocablement anéanti. S'ils n'en faisaient pas, ils se trouveraient, comme tous ceux qui se marient sans contrat, mariés de plein

droit sous le régime de la communauté légale, conformément à l'article 1393.

VI. — 209. Une seconde question est celle de savoir si le lien qui unissait le condamné à ses parents et qui a été brisé sous le rapport légal, par la mort civile, sera rétabli.

Celle-ci doit, selon nous, être résolue affirmativement. En effet, après sa rentrée dans la vie civile, cet individu n'est point un homme nouveau, comme des auteurs l'ont écrit; c'est le même homme, évidemment; seulement, il était mort et il est ressussité. Or, le lien de la parenté a quelque chose de plus fort que le lien du mariage. Le lien de parenté est, pour ainsi dire, indestructible, et survit, dans un sens, à la mort elle-même.

Lorsque mon père meurt, il est bien vrai que je n'ai plus de père, parce qu'on ne se dit pas parent avec les morts; mais enfin, la place de mon père, bien que vacante, n'est cependant pas ouverte à un autre, et s'il revenait à la vie, il la remplirait encore, par le seul fait de son existence; il serait toujours mon père. Au contraire, par la mort du conjoint, le lien conjugal est détruit à jamais, la place du défunt se trouve libre; un autre peut venir l'occuper, et alors même que, par dérogation aux lois naturelles, le mari défunt ressusciterait, il ne serait plus qu'un étranger vis-à-vis de celle qui fut son épouse... Ce n'est là, il est vrai, que le résultat de la déchéance de notre nature; c'est une conséquence de ce que les seconds et subséquents mariages sont permis, tandis que, d'après le droit naturel strict, ils devraient être défendus (1); mais enfin, il faut accepter notre nature telle qu'elle est.

Il y a donc une grande différence entre les deux cas, et lorsqu'un condamné ressuscitera à la vie civile, bien que son mariage ne redevienne pas valable, il se trouvera néanmoins légalement rattaché à tous ceux vis-à-vis desquels sa parenté a été civilement brisée.

VII. — 210. Il nous reste maintenant à voir ce qu'il faut décider relativement aux enfants que le condamné aurait eus pendant sa mort civile, et quel sera pour eux l'effet de la résurrection civile de leur père.

Il semble d'abord que, pour s'en tenir à la rigueur des principes, on devrait dire que *ces enfants étant nés pendant que leur père était mort aux yeux de la loi,* et, par conséquent, dans l'impossibilité d'avoir aucun enfant, ils sont et seront toujours censés ne point exister par rapport à lui et lui resteront toujours étrangers.

Cette proposition, cependant, ne nous paraît pas admissible; elle serait une conséquence outrée des dispositions de la loi, lesquelles, si on les entend bien, nous conduiront à un résultat plus humain.

En effet, qu'il n'y ait légalement aucun rapport possible entre un enfant et son père, tant que dure la mort civile de celui-ci, rien de mieux; car, si, en fait, cet enfant a bien son père, en droit et légalement parlant, il est vrai de dire que ce père n'existe pas. Mais, dès que

---

(1) Voy. nos *Etudes de science religieuse*, 10e étude, n° IV.

ce père est rentré dans la vie civile, son existence légale concourant désormais avec son existence physique, l'enfant, dès ce moment, peut dire qu'il a un père vivant, vivant aux yeux de la loi; dès ce moment, donc, les rapports légaux de paternité et de filiation sont possibles entre eux, et cet enfant peut désormais être l'objet, soit d'une légitimation, soit d'une reconnaissance.

Nous disons qu'il pourra être légitimé ou reconnu; car il ne sera pas légalement rattaché à son père par cela seul que celui-ci aura recouvré la vie civile; cette recouvrance n'établit pas un rapport légal entre le père et l'enfant, elle rend seulement ce rapport possible.

En effet, comme on l'a dit déjà sous l'art. 8, n° II, et comme on le verra plus au long au titre *De la paternité et de la filiation,* un enfant ne peut se rattacher légalement à l'auteur de ses jours que de deux manières : 1° par le mariage de ses père et mère, qui le rattache à l'un et à l'autre (il est enfant *légitime* quand le mariage a précédé sa naissance; il est *légitimé* quand le mariage n'a lieu que postérieurement; 2° par une reconnaissance formelle qui, laissant à l'enfant sa qualité de bâtard, le rattache cependant à celui qui l'a reconnu. Or, puisque la mort civile, dans notre droit actuel, ne cesse jamais que pour l'avenir, la reconnaissance ou le mariage qui serait intervenu pendant qu'elle durait, resterait nul, comme le mariage contracté avant la mort civile reste dissous. L'enfant, donc, ne se trouvera pas rattaché à son père par le seul effet de la rentrée de celui-ci dans la vie civile; mais, au moins, le rapport légal de parenté devient possible, et si le père se marie avec la femme de laquelle il a eu cet enfant, celui-ci sera légitimé; que s'il ne se marie point avec elle, il pourra se le rattacher par une reconnaissance simple.

211. On comprend combien le résultat sera différent s'il était permis de dire que la recouvrance de la vie civile fait réputer non avenu l'état antérieur de mort civile. Supposons qu'un mort civilement ait un enfant de la femme avec laquelle il était marié avant sa mort civile, de la femme qui est restée son épouse aux yeux de la religion et de la morale, et que cet homme soit rendu ensuite à la vie civile, mais après la mort de cette femme; si la mort civile était réputée non avenue, le mariage se trouverait n'avoir point été dissous, et, par conséquent, l'enfant avoir été légitime en naissant; au contraire, la mort civile conservant les effets déjà produits, non-seulement l'enfant ne sera pas légitime, mais il ne pourra pas même être légitimé, puisque, sa mère étant morte, un nouveau mariage avec elle est désormais impossible. Cet enfant ne pourra donc, dans ce cas, se rattacher à son père qu'au moyen d'une reconnaissance et en restant bâtard.

31. — Si le condamné par contumace meurt dans le délai de grâce des cinq années sans s'être représenté, ou sans avoir été saisi ou arrêté, il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits. Le jugement de contumace sera anéanti de plein droit, sans préjudice néanmoins

de la partie de l'action civile, laquelle ne pourra être intentée contre les héritiers du condamné que par la voie civile.

SOMMAIRE.

I. Cet article revient à la première période et devrait, dès lors, se trouver avant le précédent. — Sa première partie n'est que la conséquence de l'art. 27.

II. Quelques auteurs enseignent, à tort, que le contumax meurt, dans ce cas, avec l'exercice même des droits civils.

III. Par la mort du contumax, le jugement est anéanti même pour les condamnations civiles; mais les personnes lésées par le délit conservent le droit d'agir en réparation, contre les héritiers, devant le tribunal civil.

I. — 212. Après que l'art. 30 a parlé de la seconde période, celui-ci s'occupe encore de la première. Ce n'était donc pas ici sa place; il devait se trouver de suite après l'art. 29, à la place de l'article que nous venons d'expliquer, lequel devrait être ici sous le n° 31.

La première proposition de notre article, celle qui veut que le contumax mourant dans les cinq années de grâce meure dans l'intégrité de ses droits, est toute simple et n'avait pas besoin d'être écrite dans la loi; elle n'est, en effet, qu'une conséquence directe et évidente du principe posé par l'art. 27, que, dans les condamnations par contumace, la mort civile n'est encourue qu'à l'expiration des cinq années depuis l'exécution fictive. Il en est de même des premiers mots de la seconde phrase : *le jugement de contumace sera anéanti de plein droit.* Tout cela n'est que la conséquence immédiate et toute naturelle du principe de l'art. 27.

II. — 213. Toutefois, quelques auteurs entendent cet article autrement que nous; ils disent que le législateur n'a pas pu faire une disposition expresse pour nous apprendre une chose si simple, et que, par conséquent, il faut chercher à l'article un autre sens. Selon eux, ces mots : *il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits,* signifieraient qu'il est réputé avoir eu non-seulement la *jouissance,* mais aussi l'*exercice* de ses droits civils, exercice qui lui avait été enlevé par l'art. 28, alinéa 1er; d'où il suivrait que les actes par lui faits pendant sa contumace se trouveraient, par l'effet de sa mort arrivée avant l'expiration de cinq ans, vivifiés et devenus valables. Ils appuient cette décision sur l'expression *réputé* dont se sert l'article.

Si le législateur, disent-ils, par les mots *intégrité de ses droits,* n'avait entendu que la *jouissance* des droits civils, il n'aurait pas dit que le contumax serait *réputé* mort avec l'intégrité de ses droits; car cette jouissance, il l'avait en réalité. D'ailleurs, ajoutent-ils, le mot lui-même d'*intégrité* des droits civils indique qu'il ne s'agit pas d'une simple jouissance; car celui à qui on enlève l'exercice de ses droits civils, tout en lui en laissant la jouissance, a certainement perdu quelque chose, on ne pourra pas dire de lui qu'il a encore l'intégrité de ses droits.

Ces raisons ont quelque chose de spécieux; mais nous croyons cependant que l'opinion à laquelle elles mènent est erronée, et nous n'hésitons pas à adopter le sentiment contraire.

D'abord, ce n'est pas une chose bien étonnante que de voir le législateur faire exprès une disposition pour nous indiquer une idée résultant, il est vrai, mais par voie de conséquence seulement, d'une disposition antérieurement portée. On ne peut pas s'étonner beaucoup plus, ensuite, de ce que les mots *intégrité des droits civils* auraient été employés pour exprimer la jouissance seulement, mais la jouissance complète, des droits civils ; on conçoit que l'on peut distinguer l'intégrité de jouissance et l'intégrité d'exercice, c'est-à-dire la jouissance entière et l'exercice entier des droits civils, de sorte qu'on emploiera très-bien le mot *intégrité,* même quand il ne s'agira que de la jouissance.

Reste enfin le mot *réputé;* mais quel argument pourrait-on en tirer contre notre sentiment, sinon qu'il y aurait rédaction vicieuse dans notre article? Or, comme on l'a répété cent fois, si notre Code est un chef-d'œuvre, ce n'est pas assurément sous le rapport de sa rédaction. Ce vice de rédaction, d'ailleurs, est d'autant plus facile à admettre que sa source paraît se trouver dans les souvenirs que le législateur avait des anciens principes sur cette matière.

Dans ces anciens principes, la mort civile était encourue, en cas de condamnation contradictoire, du jour même du jugement, et dans les condamnations par contumace, du jour de l'exécution par effigie, mais avec cette distinction que si le contumax (sans avoir comparu en justice) ne mourait qu'après les cinq ans, la mort civile avait été définitivement encourue du jour de cette exécution, tandis que s'il mourait dans les cinq ans, *le jugement de contumace était anéanti et le condamné réputé mort* INTEGRI STATUS (Pothier, *Tr. des pers.*, tit. 3, sect. 2). Il ne serait pas surprenant que cette proposition, qui se trouvait vraie dans les anciens principes, se fût glissée dans notre Code, quoique le mot *réputé* n'y ait plus la même exactitude.

Les raisons qu'on nous oppose n'ont donc pas beaucoup de force, et l'on ne devra pas balancer, ce nous semble, à adopter notre sentiment, s'il se trouve conforme à l'esprit du législateur. Or, cet esprit du législateur nous paraît certain.

Nous avons vu, en effet, sous l'art. 29, que le contumax qui reparaît en justice dans les cinq ans de grâce et obtient un jugement d'acquittement ne recouvre pas l'exercice des droits civils rétroactivement, mais seulement à partir du jour de sa comparution, en telle sorte que les actes par lui faits pendant qu'il était contumax resteront nuls; eh bien ! il est clair que le législateur n'a pas pu avoir l'idée de faire, pour celui qui meurt dans les cinq ans, plus qu'il ne fait pour celui qui, pendant le même délai, reparaît et obtient un acquittement. Celui-ci, en effet, est proclamé innocent, et l'innocence de l'autre n'est que présumée.

III. — 214. Quoique la condamnation par contumace soit, dans le cas de notre article, anéantie de plein droit, il est clair qu'il y a toujours lieu, comme l'article le dit lui-même, à l'action de la partie civile. Ceci demande quelques explications.

Tout délit peut donner lieu à une action criminelle et à une action civile. En effet, il donne lieu d'abord aux poursuites de la société blessée par l'attaque dirigée contre un de ses membres et par la violation des lois qu'elle a établies; ces poursuites sont exercées par le ministère public. Mais à côté de l'insulte faite à la société et dont la réparation est demandée par la partie publique, soit sur la plainte de ceux qui ont été victimes du délit, soit d'*office,* c'est-à-dire spontanément et *proprio motu,* vient se placer le dommage matériel ou moral que le délit a pu causer à un ou plusieurs individus, et dont ceux-ci peuvent demander la réparation en vertu de l'art. 1382, qui déclare que tout fait qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Comme ils ne peuvent pas agir en vertu de la loi criminelle, dont le ministère public peut seul demander l'application, mais seulement en vertu de la loi civile, on les appelle *partie civile,* et l'action qu'ils intentent *action civile.*

Il suit de là qu'en principe, l'action civile devrait toujours être portée au tribunal civil, comme toutes les autres affaires civiles. Cependant, pour plus de simplicité et dans le but d'éviter des frais et des lenteurs, il est permis à la partie civile d'intenter son action devant les tribunaux criminels, concurremment avec le ministère public, en telle sorte que, dans ces cas, l'accusé aura à répondre tout en même temps et à la partie publique et à la partie civile. Tout ceci est réglé par les trois premiers articles du Code d'instruction criminelle.

Une dernière observation : En principe, l'héritier est tenu de toutes les obligations de son auteur ; car un héritier, c'est le successeur et le *continuateur de la personne,* de telle manière que c'est le défunt qui est réputé vivre toujours en son héritier. Telle est la conséquence de l'art. 724, qui ne saisit l'héritier de tous les droits du défunt qu'à la condition d'acquitter toutes ses charges. Mais ce principe cesse de recevoir son application en matière criminelle, parce qu'il eût été inique et par trop inhumain de frapper un individu pour le délit qu'a commis son auteur; les crimes sont personnels. Il suit de là que la mort de l'auteur d'un délit éteint l'action criminelle, mais qu'elle n'éteint pas l'action civile, qui peut être intentée contre les héritiers sur la tête desquels a passé l'obligation civile résultant du délit; seulement, comme il n'y a plus lieu de faire concourir cette action civile avec l'action criminelle, c'est uniquement devant les tribunaux civils qu'elle peut être intentée. C'est là aussi ce que dit notre art. 31.

Les parties intéressées devront donc, dans le cas de notre article, agir contre les héritiers par-devant le tribunal civil, et cela, soit qu'elles n'aient pas agi encore lors de la mort du contumax, soit qu'elles se soient portées parties civiles dans le procès criminel qui a conduit au jugement par contumace et que ce jugement ait prononcé des dommages-intérêts à leur profit. Car ce jugement par contumace n'était, même pour les condamnations civiles, qu'un *jugement par défaut,* que le condamné pouvait, pendant cinq ans, faire tomber par sa comparution et que sa

mort a complétement *anéanti*, comme le dit le texte de notre article. Il y a donc lieu à faire juger la question de nouveau.

215. On voit, d'après ce que nous venons de dire sur cet article, qu'il ne nous apporte aucune disposition spéciale et pourrait très-bien être retranché du Code, sans que son absence causât la moindre lacune. La disposition de la première partie résultait déjà de l'art. 27; celle de la seconde est proclamée par les art. 1382 et 724 du Code civil, puis 1, 2 et 3 du Code d'instruction criminelle.

32. — En aucun cas la prescription de la peine ne réintégrera le condamné dans ses droits civils pour l'avenir.

I. — 216. Cet article est relatif à la troisième et dernière période. Après vingt ans de la date du jugement par contumace, il y a, aux termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, prescription de la peine prononcée par le jugement. Le condamné, comme nous l'avons déjà dit, a prescrit alors contre la société le droit d'être poursuivi; mais, réciproquement, la société a prescrit contre lui le droit de se faire juger désormais contradictoirement, aux termes de l'art. 641 du même Code. Or, si le condamné a prescrit la peine prononcée contre lui, peine que dès lors on ne peut plus lui faire subir, il n'a pas prescrit la mort civile qui l'a frappé à l'expiration des cinq années; cette mort civile ne pourrait cesser qu'autant qu'il redeviendrait simple accusé pour être jugé de nouveau, et c'est ce qui ne se peut plus. La mort civile est donc désormais irrévocable et, dès lors, la prescription, comme le dit notre article, ne saurait avoir pour effet de réintégrer le condamné dans ses droits civils.

Bien qu'après la prescription de sa peine, le condamné reste libre, néanmoins, aux termes de l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, il ne peut résider dans le département où demeurent, soit celui contre lequel ou contre la propriété duquel le crime a été commis, soit ses héritiers directs. Le Gouvernement peut même lui assigner, où il voudra, le lieu de son domicile.

33. — Les biens acquis par le condamné, depuis la mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à l'Etat par droit de déshérence.

Néanmoins il est loisible au chef du Gouvernement de faire au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné, telles dispositions que l'humanité lui suggérera.

SOMMAIRE.

I. Le mort civilement n'ayant ni parents ni conjoint et ne pouvant non plus faire un testament valable, sa succession est nécessairement en déshérence, ou plutôt il n'y a pas, même à sa mort, une véritable ouverture de succession.

II. Le Gouvernement peut disposer des biens au profit de la veuve et des enfants, même en dehors d'un mariage putatif. — Il en dispose seul et sans les formalités requises pour l'aliénation des biens de l'Etat.

III. Les condamnations émanées de tribunaux militaires n'emportent point la mort civile.
IV. Etats divers de la *grâce* et de la *commutation* quant à la mort civile, soit dans le cas de contumace, soit dans les condamnations contradictoires.

I. — 217. Une succession est *vacante,* quand on ne connaît pas les héritiers qui y sont appelés, quoiqu'il en existe probablement; elle est en déshérence, quand il est constant qu'il n'existe point d'héritiers. Il est clair que, dans le cas de notre article, il y a déshérence, puisque celui de la succession duquel il s'agit, étant, aux yeux de la loi, mort depuis quelque temps déjà, ne peut plus avoir de parents ni de conjoint. Ces parents ou ce conjoint, les héritiers de l'individu, en un mot, ont dû venir, lorsque la mort civile l'a frappé, recueillir la succession qu'il laissait alors; c'était alors leur parent, leur conjoint qui venait de mourir aux yeux de la loi. Aujourd'hui, il n'en est plus de même, l'individu qui vient de mourir naturellement n'était rien dans l'ordre civil, personne n'était son parent, et il n'était le parent de personne : la mort purement naturelle qui vient d'arriver est un événement nul aux yeux de la loi, en sorte que, légalement parlant, on ne peut pas dire qu'il y ait une personne de moins, puisque, depuis longtemps déjà, cette personne était morte. A proprement parler, donc, on ne peut pas dire qu'il y ait une succession d'ouverte; il y a seulement des biens que l'État reprend, après les avoir laissés par commisération à un individu qui ne les avait que précairement.

C'est pour cela, c'est parce que, dans ce cas, il ne peut pas y avoir de succession qui s'ouvre, c'est parce que du moment de la mort civile encourue, le condamné, aux termes de l'alinéa 2 de l'art. 25, s'est trouvé entièrement incapable de transmettre par succession comme à tout autre titre, que quand même ce condamné aurait contracté, avec une personne de bonne foi, un mariage postérieur, lequel, tout nul qu'il serait, produirait cependant tous les effets civils pour le conjoint et les enfants, ce conjoint ou ces enfants, bien qu'ayant capacité pour succéder, ne pourraient cependant rien prendre des biens laissés par le condamné. Ceci a été expliqué sous l'art. 25, nº X.

II. — 218. Les dispositions que l'humanité peut suggérer au chef du Gouvernement, et qui lui sont permises par le second alinéa de notre article, pourraient-elles avoir pour objet la veuve et les enfants d'un mariage contracté de *mauvaise foi* de part et d'autre, c'est-à-dire avec la connaissance acquise, à l'autre époux, de l'état de son conjoint? L'affirmative nous paraît certaine.

Cet article a voulu laisser au chef de l'État toute latitude à cet égard. Celui-ci peut disposer au profit *des parents* du condamné, nous dit la loi; mais évidemment *de ses parents naturels,* puisqu'il n'a plus de parenté civile. Cette femme qui, bien qu'elle connût l'état de mort civile du condamné, l'a épousé (par mariage naturel et religieux seulement), ou bien qui, mariée avec lui avant la mort civile encourue, a continué d'habiter avec lui, de l'assister et de le secourir, par un sacrifice bien honorable et que d'ailleurs la religion lui commandait, n'était-elle pas

femme aux yeux de la morale et de la loi naturelle? Les enfants qu'il en a eus ne lui sont-ils pas liés par le sang? Ne rentrent-ils pas, dès lors, dans la pensée du législateur, et ne serait-il pas contradictoire de raisonner d'après les principes rigoureux du droit, quand la loi parle des dispositions que l'*humanité* peut suggérer? Ne serait-ce pas rentrer dans les règles, si sévères, de la mort civile, alors précisément que la loi veut s'en écarter pour sanctionner les inspirations de la conscience?

Le Gouvernement, pour disposer de ses biens, n'aurait pas besoin d'employer les formalités ordinairement requises pour l'aliénation des biens de l'État, puisque notre article lui confère le droit d'en disposer seul, directement et immédiatement. Et en effet, il est vrai de dire que dans le cas de disposition, ces biens n'ont jamais été *biens de l'État*, ils ne le deviennent, d'après l'idée du législateur, que sous la condition que le chef de l'État n'en disposerait pas; car l'attribution à l'État des biens du condamné ne pourrait avoir lieu que par un effet de la mort civile; mais précisément la faculté accordée par notre article a pour but d'empêcher ces effets de s'accomplir.

Bien plus, dans la pratique suivie depuis quelques années, on ne prend pas la peine de faire, au profit des enfants ou de la femme, un acte de disposition. Le Gouvernement se contente de s'abstenir, de ne pas s'emparer des biens et de les laisser prendre par les enfants ou la femme, absolument comme si le défunt n'avait pas été frappé de mort civile. Cet usage n'est pas sans inconvénient, puisqu'il laisse la propriété dans l'incertitude, et que, plus ou moins longtemps après le décès, l'État pourrait se raviser et venir redemander les biens dont la famille avait pu se croire maîtresse; mais nous pensons que, dans le cas de contestation sur ce point, les tribunaux, à raison précisément de cette habitude du Gouvernement, devraient se montrer faciles à regarder l'abstention de l'administration des domaines comme une preuve de la volonté tacite du chef de l'État d'attribuer les biens à la famille.

219. Du reste, il nous semble évident que, dans tous les cas, les biens n'appartiendront aux enfants ou au conjoint, qu'à la charge d'acquitter les dettes que le défunt peut laisser, sans qu'il y ait à distinguer si elles sont nées avant ou pendant la mort civile. Il est bien vrai qu'en droit rigoureux, les biens ne leur sont pas transmis par le mort civilement (qui ne peut avoir de successeur), mais donnés par la générosité du chef de l'État; mais comme, en définitive, c'est à cause de leurs liens avec le défunt qu'ils obtiennent ces biens, que dès lors ces biens sont vraiment pour eux les biens du défunt, et que *non sunt bona nisi deducto ære alieno,* ils ne doivent donc avoir, comme biens du défunt, que ce qui reste après payement des dettes de ce défunt. Puisqu'il s'agit ici des règles de l'équité naturelle, non des principes rigoureux du droit, il est tout simple que la disposition, soit tacite, soit expresse, du Gouvernement soit réputée faite sous cette condition de payer les dettes comme le défunt aurait dû lui-même les payer (1).

(1) Ainsi jugé par un arrêt de Paris du 31 janv. 1848 (*Gaz. des trib.* du même jour).

Il nous reste à examiner ici deux questions qui ne se rattachaient directement à aucun des articles que nous venons d'expliquer.

III. — 220. La première est celle de savoir si les condamnations à mort, aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, emportent également mort civile quand elles sont prononcées par des conseils de guerre, ou si elles ne produisent cet effet qu'autant qu'elles émanent des tribunaux ordinaires.

Nous croyons devoir répondre dans ce dernier sens, et dire que la mort civile ne doit pas résulter des condamnations prononcées par les tribunaux militaires.

Le législateur, en organisant la mort civile par des dispositions portées dans la loi civile, ne nous paraît pas avoir voulu l'appliquer à des lois exceptionnelles comme les lois militaires, qui sont, comme chacun sait, d'une rigueur, nécessaire peut-être, mais tout à fait exorbitante. Telle était, sur ce point, l'ancienne jurisprudence; Pothier (*Traité des pers.*, tit. 2, sect. 8, alin. 28) nous dit : « Pour que les condamnations dont la mort civile est une suite, puissent y donner lieu, il faut qu'elles aient été prononcées en justice réglée; une condamnation à mort prononcée par un conseil de guerre pour délit militaire, n'empêcherait pas le condamné de mourir *integri status*. »

A cela, on objecte qu'il n'y a pas deux législateurs, que telle espèce de loi ne doit pas avoir plus ou moins de force que telle autre espèce, et que le Code civil et le Code pénal, en prononçant la mort civile pour telle ou telle condamnation, n'ont point distingué de quels tribunaux ces condamnations émaneraient; et quant au principe de l'ancienne jurisprudence, proclamé par Pothier, on veut le retourner contre notre sentiment, en disant que puisque le législateur avait cette distinction sous les yeux, il n'aurait pas manqué de l'écrire dans la loi, s'il avait entendu la consacrer.

Mais dans l'ancien droit, il n'y avait pas non plus deux législateurs, et cependant, on tenait qu'une condamnation prononcée par tel tribunal n'avait pas les mêmes effets que la même condamnation prononcée par un autre tribunal; et notre législateur actuel, qui avait sous les yeux cette distinction, n'a rien dit pour la faire disparaître. Il savait qu'on ne voyait la mort civile que dans le cas de condamnation prononcée en justice ordinaire, et il n'a rien dit qui indiquât une volonté contraire chez lui; cette contrariété de principes sur une matière aussi grave, aussi rigoureuse, si elle avait été dans son esprit, ne l'aurait-il pas exprimée. Au contraire, ne laisse-t-il pas apercevoir que son idée est celle de l'ancien droit, en ne parlant nulle part de mort civile dans les lois militaires, et en ne l'écrivant que dans le Code pénal ordinaire? Comment soutenir que les textes du Code pénal qui prononcent la mort civile s'appliqueront même aux condamnations militaires, quand l'art. 12 de ce même Code, qui déclare d'une manière si générale : *Tout condamné à mort aura la tête tranchée*, ne s'y applique pas, puisque les condamnés à mort militaires sont fusillés? N'est-il pas évident que, dans ces cas divers, le législateur a entendu laisser à part les condamnations

prononcées en vertu de lois exceptionnelles, ce dont il nous avertit, d'ailleurs, une fois pour toutes, dans l'art. 5 du Code pénal, qui dit : Les dispositions du présent Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes militaires?

D'ailleurs, et ceci est péremptoire, il y aurait tout au moins doute sur la question; or ce doute emporterait décision dans notre sens, puisqu'il s'agit d'une pénalité rigoureuse et qui ne peut pas dès lors s'appliquer aux cas douteux.

IV. — 221. La deuxième question est celle de savoir quels seront, dans le cas d'une condamnation emportant mort civile, les effets, soit de la grâce, soit de la commutation de peine accordée par le chef du Gouvernement.

La *grâce* est la remise faite au coupable de tout ou partie d'une peine ou des conséquences d'une peine à laquelle il a été condamné; la *commutation* est la substitution d'une peine moindre à celle qui avait été prononcée.

Nous devons en examiner l'effet : 1° pour les condamnations contradictoires; 2° pour les condamnations par contumace.

222. *Pour les condamnations contradictoires.* — Si la grâce arrive avant l'exécution du jugement, la mort civile n'ayant pas encore été encourue, puisqu'elle ne l'est que par l'exécution, le condamné n'aura jamais été et ne sera jamais mort civilement. Mais si elle n'a lieu qu'après un commencement d'exécution, la mort civile ayant été encourue continuera, à moins que les lettres de grâce ne l'abolissent explicitement, ou virtuellement, mais d'une manière certaine. Dans ce cas d'abolition, les effets qu'elle aura produits par le passé continueront; puisque, d'après la manière dont la mort civile est organisée par nos lois, une fois qu'elle a existé, il n'y a plus lieu à la réputer non avenue, et que la recouvrance de la vie civile est alors une véritable résurrection civile, laquelle n'empêche pas qu'on n'ait véritablement été mort. Nous avons vu l'art. 30 appliquer ce principe au cas même le plus favorable, celui où le mort civilement vient ensuite prouver son innocence.

Quant à la commutation, si la nouvelle peine emporte également mort civile, il n'y a pas de difficulté. Si, quoique n'emportant pas mort civile, elle n'est substituée à la première qu'après la mise à exécution de celle-ci, la mort civile, ayant été encourue, continuera, à moins de de remise spéciale de la mort civile, comme nous l'avons dit ci-dessus. Enfin, si la nouvelle peine n'emporte pas mort civile et qu'elle soit substituée à la première avant l'exécution de celle-ci, cette exécution ne pouvant plus avoir lieu, la mort civile ne sera point encourue.

223. *Pour les condamnations par contumace.* — Il ne peut jamais être question de commutation, et la grâce ne peut avoir lieu que dans un cas, c'est lorsque la condamnation est devenue irrévocable par l'expiration du délai de la prescription.

En effet, tant que la prescription n'est pas accomplie, il n'y a lieu ni à commutation ni à grâce. Si le contumax reparaît, il devra être

jugé de nouveau et redeviendra par conséquent simple accusé; or, ce ne sont pas les *accusés*, mais seulement les *condamnés* qui peuvent recourir à la clémence du chef de l'État : le contumax ne pourrait donc le faire qu'après le nouveau jugement; mais alors, nous rentrons dans l'hypothèse, examinée plus haut, d'un jugement contradictoire.

Quand la prescription sera une fois accomplie, il n'y aura pas lieu davantage à commutation : car il n'existe plus de peine à laquelle on puisse en substituer une autre, puisque celle à laquelle le contumax avait été condamné est atteinte. Quant à la grâce, elle pourra très-bien avoir lieu et, dans ce cas, elle aura nécessairement pour objet, et pour effet unique, de faire cesser la mort civile pour l'avenir (1).

PRIVATION PARTIELLE DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

SOMMAIRE.

I. La privation partielle des droits civils est tantôt peine principale et l'objet direct d'une condamnation, tantôt elle n'en est que la conséquence médiate.

II. La privation partielle se présente comme peine principale : 1° dans la dégradation civique; 2° dans l'interdiction.

III. Elle se présente comme conséquence médiate de la condamnation : 1° dans la dégradation civique encore, laquelle est l'accessoire des peines criminelles n'emportant pas mort civile; 2° dans la déportation, quand le Gouvernement accorde au condamné une partie des droits civils.

IV. Il faut remarquer enfin la privation, non plus de la jouissance, mais de l'exercice des droits civils, qui a lieu : 1° pendant la première des trois périodes de la contumace; 2° pendant la durée de toute peine afflictive.

I. — 224. Dans la section qu'il consacre à la privation des droits civils résultant de condamnations judiciaires, le Code civil comme on le voit, ne s'occupe de cette privation qu'en tant qu'elle est totale, c'est-à-dire qu'il n'y traite que de la mort civile.

Outre cette privation totale (ou plutôt *presque* totale, puisque nous avons vu qu'elle laisse toujours quelques droits civils au condamné), il peut résulter des condamnations judiciaires, dans certains cas, une privation partielle des droits civils. Nous devons examiner ici ces cas divers.

Cette privation partielle des droits civils est tantôt l'objet principal, tantôt la conséquence, médiate seulement, d'une condamnation.

II. — 225. Nous trouvons la privation partielle des droits civils

---

(1) Il a été jugé, sous l'empire de la loi du 31 mai 1854, que cette loi n'a porté aucune atteinte au droit acquis à l'époux dont le mariage avait été antérieurement dissous par la mort civile de son conjoint, de se remarier du vivant de ce dernier. Paris, 11 juillet 1857; Cass., 21 juin 1858 (*J. Pal.*, 57, 1097; 58, 1004). — *Sic :* Demolombe (I, 4e édit., n° 33).

Les individus condamnés à la déportation avant la loi du 8 juin 1850 qui a décidé que cette condamnation n'emporterait plus la mort civile, peuvent-ils revendiquer le bénéfice de l'art. 5 de la loi du 31 mai 1854?

Sic : Demolombe (I, 4e édit., n° 35); Demante (*Rev. crit. de jurispr.*, 1157, p. 80); Aubry et Rau sur Zachariæ (I, p. 358); Berthauld (*Quest. controv.*, p. 58).

Contrà : Valette (*Explic. somm. du liv. Ier*, p. 30); Humbert (*Conséq. des condamn. pén.*, n° 462).

comme peine principale, et pouvant faire l'objet direct d'une condamnation :

1° Dans la dégradation civique; 2° dans l'interdiction.

1° La dégradation civique est une des peines infamantes non afflictives (C. pén., 8). Elle consiste, d'abord, dans la privation de tous les droits civiques; puis, quant aux droits civils : 1° dans l'incapacité d'être expert ou témoin, ce qui n'empêche pas d'être appelé en justice pour y donner de simples renseignements; 2° dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et encore sur l'avis seulement de la famille (C. pén., art. 34).

La dégradation civique est toujours d'une durée illimitée, et ne peut cesser que par l'effet d'une réhabilitation légale (C. inst. crim., art. 619 et suiv.).

2° L'interdiction à temps de certains droits civiques, civils et de famille, est une peine correctionnelle (C. pén., art. 9), qui dans certains cas *peut*, dans d'autres *doit* être prononcée par les tribunaux (C. pén., art. 42 et 43).

III. — 226. La privation partielle des droits civils, comme conséquence d'une condamnation, peut se prononcer dans deux cas.

1° La dégradation civique, que nous venons de voir être elle-même une des peines établies par le Code pénal en matière criminelle, est en outre l'accessoire nécessaire de toutes celles des peines criminelles qui n'emportent pas la mort civile (C. pén., art. 28), lesquelles sont au nombre de quatre : les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement (C. pén., art. 6, 7, 8).

Dans ce cas, bien qu'elle soit l'accessoire d'une peine temporaire, puisque les quatre peines criminelles qui n'emportent pas mort civile sont toutes temporaires, comme on peut le voir par les art. 19, 20, 21 et 32 du Code pénal, la dégradation civique, cependant, reste toujours d'une durée indéfinie, comme quand elle est peine principale.

2° Aux termes du dernier alinéa de l'art. 18 du Code pénal, le Gouvernement peut, dans le cas de déportation, accorder au condamné l'exercice de tout *ou partie* des droits civils; il pourra donc y avoir, dans ce cas, pour le condamné, privation partielle seulement des droits civils, laquelle ne sera encore qu'une conséquence médiate de la condamnation (1).

IV. — 227. Nous devons faire remarquer, en terminant ce paragraphe, et pour compléter le tableau des dispositions relatives à la matière qui nous occupe, qu'il est une autre privation résultant de condamnations judiciaires : c'est celle, non plus *de la jouissance* des droits civils, mais *de l'exercice* de ces droits.

Cette privation a lieu dans deux cas :

1° Elle est un des effets de toute peine afflictive; mais elle cesse avec la peine qui lui a donné naissance.

---

(1) Voy. la loi du 8 juin 1850 sur la déportation.

Le condamné à une peine afflictive est donc, pendant la durée de cette peine, en état d'interdiction légale, et il est, pendant ce temps, pourvu d'un tuteur et d'un subrogé tuteur (C. pén., art. 29, 30, 31).

2° Elle frappe, comme nous l'avons vu sous l'art. 28, l'individu condamné, par contumace, à une peine emportant mort civile; elle le frappe, disons-nous, pendant les cinq ans de grâce qui lui sont accordés, à partir de l'exécution fictive, et pendant lesquels la mort civile ne l'atteint pas encore. Ses biens sont administrés, pendant ce temps, comme nous l'avons vu également, par la Régie des domaines.

RÉSUMÉ DU TITRE PREMIER

N. B. — Les indications d'articles, mises entre parenthèses dans le résumé, renvoient plutôt au commentaire des articles indiqués qu'à leur texte.

Nous avons, pour résumer ce Titre premier du Code, à voir : 1° à qui est accordée la jouissance des droits civils en France; 2° comment ceux qui l'ont une fois, peuvent en être privés.

CHAPITRE PREMIER

A QUI APPARTIENT LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

I. — Il faut distinguer la *jouissance* des droits civils, de l'*exercice* de ces droits. La jouissance est, pour ainsi dire, la propriété du droit, l'exercice est la faculté d'en user. L'exercice, donc, ne peut pas exister sans la jouissance; mais la jouissance existe bien sans que l'exercice l'accompagne. Ainsi, cet exercice est refusé en tout ou partie : 1° aux mineurs; 2° aux femmes mariées; 3° aux interdits; 4° à quelques autres dans les cas déterminés par la loi (art. 8).

La jouissance des droits civils appartient : 1° à tout individu ayant la qualité de Français, pourvu qu'il n'en soit pas privé par l'effet d'une condamnation; 2° à l'étranger admis par autorisation du Gouvernement à établir son domicile en France (art. 8 et 13).

Nous verrons, dans une première section, à qui appartient la qualité de Français; dans une deuxième, nous parlerons de l'étranger admis par le Gouvernement à s'établir en France; puis, dans une troisième, nous verrons dans quelles limites et sous quelles conditions les étrangers ordinaires peuvent jouir des droits civils.

SECTION PREMIÈRE

A QUI APPARTIENT LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

II. — On est Français, soit par la naissance même, soit par un bienfait postérieur de la loi.

traités passés entre ce pays et la France. Toutefois, il y a exception à cette règle générale quant à la faculté de transmettre et de recevoir soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire; sous ce rapport, les étrangers jouissent, depuis la loi du 14 juillet 1819, des mêmes droits que les Français eux-mêmes (art. 11).

VIII. — Puisque nous nous occupons des étrangers, voyons quand et comment ils deviennent justiciables des tribunaux de France.

Un étranger peut être traduit devant les tribunaux de France par tout Français vis-à-vis duquel il se trouve obligé, soit que l'obligation résulte ou non d'un contrat, et soit que le contrat ait été formé en France ou à l'étranger; mais le jugement, bien entendu, ne pourra s'exécuter que sur les biens que cet étranger possède en France, à moins qu'un traité passé entre la France et son pays ne permette dans ce pays l'exécution des jugements français (art. 14 et 15).

Quand c'est un étranger qui traduit un autre étranger devant un tribunal français, ce tribunal n'est compétent que dans trois cas :

1° S'il y a consentement des deux parties;

2° En matière commerciale;

3° En matière réelle, pour les biens situés en France.

Dans les deux derniers cas, le tribunal est obligé de juger; dans le premier, ce n'est pour lui qu'une faculté (art. 15).

IX. — Quant à l'étranger demandeur, il est clair qu'il peut toujours appeler le Français devant les tribunaux de France, mais il doit lui donner caution pour les frais et dommages-intérêts pouvant résulter du procès, excepté :

1° En matière de commerce;

2° Quand cet étranger possède en France des immeubles suffisants;

3° Quand il consigne une somme déterminée à cet effet par le tribunal;

4° Quand un traité passé entre la France et son pays dispense de cette caution;

5° Enfin, quand ce traité permet d'exécuter, dans ledit pays, les jugements rendus en France (art. 16).

L'étranger demandeur, qui n'a point donné caution en première instance, ne peut être contraint de la donner en appel que dans un cas, c'est lorsqu'il avait, d'abord, une cause de dispense, qui n'existe plus lors de l'appel (*ibid.*).

Les autres différences principales qui existent entre l'étranger ordinaire d'une part, et d'autre part le Français et l'étranger jouissant des droits civils, consistent en ce que :

1° Le premier, par tout jugement de condamnation, se trouve soumis à la contrainte par corps (1);

2° Avant tout jugement, il peut, par cela seul qu'il est débiteur, et au moment de l'exigibilité, être arrêté en vertu d'ordonnance du juge;

(1) La contrainte par corps contre les étrangers a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867.

3° Enfin, il ne peut jamais être admis au bénéfice de cession (art. 14 et 16).

N. B. — Les jugements étrangers, quand un traité n'en permet pas l'exécution en France, n'y peuvent être exécutés qu'après qu'un tribunal français les a déclarés exécutoires. Il ne suffirait pas, pour cela, d'un simple *visa* apposé par le président du tribunal ; il faut que le tribunal entier se réunisse, non pas pour débattre de nouveau le fond du procès, puisqu'il est jugé, mais pour examiner si le jugement ne contient point des dispositions qui soient en contradiction avec nos diverses règles d'ordre public (art. 15, n° III).

CHAPITRE II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

X. — On peut être privé des droits civils, ou 1° par la perte de la qualité de Français, ou 2° *par suite de condamnations judiciaires*.

SECTION PREMIÈRE

PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

La qualité de Français se perd de cinq manières :

1° Par la naturalisation *acquise* en pays étranger : la denization ne suffirait pas ;

2° Par l'acceptation non autorisée de fonctions publiques étrangères ;

3° Par l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour.

L'absence de l'esprit de retour ne se présume jamais et doit toujours être prouvée ; elle n'est même jamais prouvée par un établissement de commerce, s'il ne s'y joint point d'autre circonstance ;

4° Pour la femme française, par son mariage avec un individu étranger au moment de ce mariage ;

5° Par le service militaire pris à l'étranger (art. 17, 19 et 21).

XI. — La qualité de Français, une fois perdue, peut se recouvrer :

1° Dans les trois premiers cas ci-dessus, par la rentrée en France autorisée par le Gouvernement, avec déclaration de la volonté de s'y fixer :

2° Pour le quatrième cas, c'est-à-dire pour la Française qui a épousé un étranger, par le seul fait de la mort de son mari, si lors de cette mort elle demeure en France ; que si elle n'y demeure pas en ce moment, par l'accomplissement des formalités exigées dans les trois premiers cas ; le divorce produirait le même effet que la viduité ;

3° Pour le cinquième et dernier cas, par la rentrée en France avec permission du Gouvernement et un stage de dix années (1) pendant lesquelles l'ex-Français aurait la jouissance des droits civils, comme l'a l'étranger admis à s'établir en France (art. 19-21).

---

(1) Trois années actuellement. — L. 29 juillet 1867.

SECTION II

PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

La privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires peut être totale ou partielle.

§ 1er. — Privation totale ou mort civile.

XII. — La privation totale des droits civils par suite d'une condamnation judiciaire prend le nom de *mort civile* (1).

La mort civile peut être définie « un état de peine résultant accessoirement d'une condamnation, dans lequel l'individu est mort aux » yeux de la loi et privé de tous les droits civils, excepté de ceux dont » la jouissance est nécessaire à la conservation de son existence naturelle. »

Ainsi, la règle, c'est que le condamné est privé de tous les droits civils et réputé mort; s'il jouit encore de quelques-uns de ces droits, s'il est encore reconnu vivant sous quelques rapports, ce n'est que par exception.

Tirons les conséquences de ces deux idées.

Puisque l'individu tombant dans cet état est réputé mourir, il s'ensuit:

1° Que sa succession s'ouvre à l'instant même; et il est à remarquer qu'elle s'ouvre toujours au profit de ses héritiers légitimes, attendu qu'il ne peut pas avoir de testament. Ce n'est pas qu'il soit *incapable* quand il meurt civilement, car on ne peut évidemment être frappé de la mort civile qu'autant qu'on a la vie civile; mais c'est que la loi le trouve *indigne* d'une telle faveur;

2° Que son mariage civil est dissous et que son conjoint peut en contracter un nouveau. Quant à lui, il est clair que, quand même la mort civile le trouverait célibataire, il ne peut plus se marier (civilement bien entendu, car il pourrait contracter un mariage naturel et religieux); que si, par fraude, il contractait un mariage civil, ce mariage serait nul et ses enfants ne seraient que des bâtards auxquels il ne pourrait pas même donner, par une reconnaissance, le titre d'enfants naturels. Il faut cependant excepter le cas où le conjoint du mort civilement aurait été trompé; car la bonne foi de ce conjoint produirait les effets civils du mariage et pour lui et pour les enfants, qui alors seraient enfants légitimes et succéderaient, non pas à leur père, parce qu'il serait toujours, lui, incapable de transmettre, mais aux parents de ce père;

3° Qu'il ne peut plus transmettre ni recueillir, soit par succession, soit par testament, soit par donation entre-vifs, et que tous les biens qu'il pourra laisser, lors de sa mort naturelle, appartiendront à l'État. Cependant, le chef de l'État peut faire de ces biens telle disposition que l'humanité lui suggérera, au profit, soit de la veuve, soit des pa-

---

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 (voy. ci-dessus l'art. 22).

rents du mort civilement; et ce, quand même il s'agirait d'une femme ou d'enfants qui ne pourraient point invoquer les effets d'un mariage contracté de bonne foi;

4° Qu'il ne peut se présenter en justice, ni comme demandeur, ni comme défendeur, ni comme témoin, ni comme expert; qu'il ne peut remplir aucun emploi, aucune fonction publique, ni exercer aucun droit politique, quel qu'il soit; qu'il ne pourra ni rester ni devenir membre de l'Université, ni exercer une profession qui exige un grade dans les facultés, etc., etc. (art. 25 et 33).

XIII. — Mais, d'un autre côté, et de ce que, par exception, il jouit de ceux des droits civils qui sont relatifs à son existence naturelle, il faut conclure :

1° Qu'il pourra passer tous les contrats qui ne sont que du droit des gens, et, dès lors, traduire ou être traduit en justice, pour les contestations auxquelles ces contrats donneraient lieu : seulement, comme il ne peut paraître en justice personnellement, il y sera représenté par un curateur spécial qui lui sera nommé par le tribunal, et sous le nom duquel il agira;

2° Qu'il pourra recevoir par donation, soit entre-vifs, soit testamentaire, quand la donation lui sera faite pour aliments;

3° Qu'il pourra exiger des aliments, par une action en justice, des personnes auxquelles la loi permet d'en demander;

4° Qu'il peut passer, même en la forme authentique, tous les actes nécessaires pour le trafic qu'il exerce, et pour le cours ordinaire des affaires de la vie (art. 25).

XIV. — Voyons quelles causes donnent lieu à la mort civile.

La mort civile ne peut pas faire l'objet direct d'une condamnation : car ce n'est point une peine proprement dite, une peine principale; mais l'accessoire d'une peine; elle n'est pas même, rigoureusement parlant, la conséquence de la peine, mais la conséquence de la *condamnation* à cette peine.

Elle résulte de toute condamnation à mort, aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, pourvu que cette condamnation ne soit pas prononcée par un tribunal militaire (art. 23, 24, et 33, III).

Toutefois, elle n'est pas encourue par le fait seul de la condamnation; il faut, en outre, l'exécution, qui ne suffit même pas toujours.

En effet, pour les condamnations contradictoires, elle a bien lieu au moment même de l'exécution, soit réelle, soit fictive, mais, pour les condamnations par contumace, c'est seulement à l'expiration des cinq ans, depuis l'exécution par effigie (art. 26, 27).

XV. — Pour bien comprendre la théorie de la loi dans ce cas de contumace, il faut distinguer trois périodes.

La première commence à l'exécution par effigie et dure cinq ans. Le condamné y conserve toujours la jouissance des droits civils, mais il n'en a pas moins l'exercice. Si le condamné reparaît, soit volontairement, soit parce qu'il sera arrêté, le jugement qui le condamnait est

réputé non avenu, et on le juge de nouveau; il recouvre l'exercice de ses droits civils, mais à partir seulement de sa comparution et non pas rétroactivement, parce que cette privation d'exercice n'était pas l'effet du jugement aujourd'hui anéanti : c'était l'effet de l'ordonnance rendue par le président de la Cour d'assises, laquelle l'a frappé de cette privation pour le punir de s'être montré rebelle à la loi.

Les actes par lui faits avant sa comparution seraient donc nuls, à l'exception pourtant de son mariage, auquel cette privation de l'exercice des droits civils ne formait qu'un empêchement prohibitif. Si, après avoir comparu, il disparaissait de nouveau, sa comparution serait non avenue, et le délai de cinq ans continuerait de courir de l'exécution du premier jugement.

La mort naturelle du condamné, arrivée pendant cette première période, ne changerait rien à son état; il sera donc mort avec la jouissance, mais sans l'exercice de ses droits civils (art. 26, 29 et 31).

XVI. — La deuxième période commence à l'expiration des cinq ans, depuis l'exécution fictive, et finit après vingt ans de la date de l'arrêt.

Ici la mort civile a frappé le contumax. Toutefois, elle cesse par le seul effet de sa comparution, soit volontaire, soit forcée, mais seulement à partir de cette comparution et non rétroactivement; en telle sorte que c'est là une résurrection civile, et qu'il est toujours vrai de dire que l'individu a été mort civilement. Son ancien mariage reste donc dissous et doit être contracté de nouveau, pour produire des effets civils; les biens qu'il possédait lorsque la mort civile l'a frappé restent acquis à ceux qui étaient alors ses héritiers. Mais le lien de parenté civile, qui avait été brisé, est rétabli, et cet individu se trouve, de plein droit, rattaché à ses enfants et à ses autres parents. Quant aux enfants qu'il aurait eus pendant sa mort civile, ils ne se rattachent point à lui par le seul effet de sa rentrée dans la vie civile; seulement il peut, soit les reconnaître, soit même les légitimer, en se mariant avec la femme de laquelle il les a eus (art. 30).

XVII. — La troisième période commence après vingt ans de la date de l'arrêt et finit à la mort naturelle du condamné.

Dans cette dernière période, la mort civile est encourue irrévocablement, parce que, si le contumax a prescrit contre la société la peine à laquelle il était condamné, la société a prescrit contre lui la faculté qu'il avait de se faire juger et d'ester en justice pour cet effet. Il n'y aurait donc plus, pour lui, que le moyen extraordinaire de recours à la clémence du chef de l'État (art. 32).

XVIII. — Ce dernier, en effet, a le droit de faire grâce et de commuer les peines.

La grâce, ainsi que la commutation en une peine n'emportant pas mort civile, empêchent la mort civile d'être encourue quand elles arrivent avant l'exécution du jugement; mais lorsqu'elles arrivent après la mort civile encourue, elles ne peuvent plus la faire cesser que pour

l'avenir, et encore faut-il que les lettres aient ce point spécial pour objet; car la grâce de la peine, ou sa commutation, n'emporterait pas, par soi, remise de la mort civile.

Il est clair que dans la troisième période, dont nous parlions tout à l'heure, la peine étant prescrite, il n'y aurait plus lieu à commutation, mais seulement à une grâce, et que cette grâce aurait pour seul et unique objet la remise de la mort civile (art. 33, n° IV).

§ 2. — Privation partielle.

XIX. — Nous avons vu que la privation totale des droits civils, par suite de condamnations judiciaires, en d'autre termes, *la mort civile,* ne résulte jamais d'une condamnation qu'accessoirement et comme conséquence médiate. Il en est autrement de la privation partielle, qui est tantôt aussi le résultat accessoire d'une condamnation, mais tantôt une peine principale prononcée directement.

Comme peine principale, la privation partielle des droits civils se présente :

1° Dans la *dégradation civique,* que le Code pénal range au nombre des peines criminelles infamantes (non afflictives), et qui consiste dans la privation, pour un temps indéterminé, de tous les droits politiques et d'une partie des droits civils;

2° Dans l'*interdiction temporaire* de certains droits civiques et civils, que le même Code indique comme une des peines correctionnelles (§ 2, *à la suite de* l'art. 33).

XX. — Comme résultat accessoire d'une condamnation, la privation partielle des droits civils apparaît :

1° Dans la dégradation civique, qui, outre qu'elle est elle-même une peine criminelle, accompagne, comme conséquence nécessaire, celles des peines criminelles qui n'emportent pas la mort civile;

2° Dans l'hypothèse d'un déporté à qui le Gouvernement aurait accordé, comme la loi le lui permet, la jouissance d'une partie des droits civils que la mort civile lui avait enlevés.

Enfin, on se rappelle que la loi prononce privation, non plus de la *jouissance de tout ou partie* des droits civils, mais de l'*exercice de tous* ces droits :

1° Pour tout condamné à une peine afflictive, pendant le temps qu'il subit sa peine;

2° Pour le condamné par contumace à une peine emportant mort civile, pendant les cinq ans qui suivent l'exécution par effigie (*ibid.*).

TITRE II

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

(Décrété le 11 mars 1803. — Promulgué le 21.)

228. Ainsi que nous l'avons déjà dit au commencement de ce livre premier, les droits civils qui appartiennent à chaque personne, et la capacité dont elle jouit, varient nécessairement selon les différentes qualités qu'elle se trouve avoir au milieu de la société civile. Il importe donc de savoir si un individu est majeur ou mineur; s'il appartient à telle famille ou à telle autre, et s'il s'y rattache par un lien légitime ou seulement par le lien naturel; s'il a encore ou s'il n'a plus ses père et mère, ou d'autres ascendants; s'il est ou non marié, etc.

Or, c'est pour arriver à la constatation de ces diverses circonstances, que le législateur a ordonné la rédaction de procès-verbaux destinés à prouver la naissance et la filiation, le mariage et le décès de chaque individu.

L'ensemble des diverses qualités indiquées ci-dessus constituant pour chacun son *état civil*, on donne aux procès-verbaux destinés à les constater le nom d'*Actes de l'état civil*, et aux fonctionnaires publics chargés de leur rédaction, celui d'*Officiers de l'état civil*.

Parmi les règles relatives aux actes de l'état civil, les unes sont communes à tous les actes, les autres sont particulières à chaque espèce. Le législateur s'occupe des premières dans le chapitre Ier, intitulé : *Dispositions générales;* quant aux autres, il les trace séparément dans les chapitres II (Actes de naissance), III (Actes de mariage) et IV (Actes de décès). Le chapitre V indique des règles exceptionnelles à suivre dans un cas particulier où l'on ne pouvait exiger les formalités ordinaires. Enfin, un chapitre VI traite de la rectification des inexactitudes qui se seraient glissées dans les actes de l'état civil.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

34. — Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y seront dénommés.

35. — Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants.

I. — 229. A qui sont confiées en France les fonctions d'officiers de l'état civil?... Anciennement, comme on l'a dit déjà sous l'art. 25, n° VI, ces fonctions étaient remplies par les curés des paroisses. L'Assemblée constituante, en proclamant la liberté des cultes, craignit que le mode suivi jusqu'alors ne laissât pas, quant à la rédaction des actes, une assez grande indépendance; et par sa Constitution du 3 septembre 1791, tit. II, art. 7, elle déclara que le pouvoir législatif aurait à établir, pour tous les habitants sans distinction, un mode unique de constatation des naissances, mariages et décès, et à désigner les officiers qui en recevraient et conserveraient les actes.

Ce ne fut qu'un an après, sous l'Assemblée législative, qu'il fut ordonné, par la loi du 20 décembre 1792, tit. Ier, art. 1 et 2, qu'à l'avenir les municipalités recevraient et conserveraient ces actes, et que les conseils généraux des communes désigneraient parmi leurs membres, suivant la population des lieux, une ou plusieurs personnes chargées de ces fonctions.

La loi du 19 vendémiaire an IV (11 octobre 1793), art. 12, ordonna que dans les communes au-dessus de 5000 habitants, l'agent municipal, aujourd'hui le maire ou son adjoint, remplirait les fonctions d'officier de l'état civil; pour les autres communes, ce fut toujours un des membres de la municipalité, nommé par elle.

Enfin, aux termes de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800), art. 13, ce sont aujourd'hui les maires et adjoints qui remplissent ces fonctions dans toutes les communes.

Sous ce rapport, les maires et adjoints ne sont point agents administratifs, mais fonctionnaires de l'ordre judiciaire; en conséquence ils dépendent, non plus des préfets, mais des procureurs de la République.

II. — 230. La disposition de notre article adresse aux officiers de l'état civil une injonction qui, au premier coup d'œil, paraît unique, mais qui, en réalité, est complexe. En effet, elle veut : 1° qu'ils n'énoncent rien dans l'acte que ce qui sera déclaré par les comparants; 2° qu'ils n'énoncent pas même tout ce que ceux-ci pourraient déclarer, mais qu'ils retranchent de leurs déclarations les renseignements qui ne sont point demandés par la loi.

« Les officiers rédacteurs, dit M. Siméon dans son *rapport* au Tribunat, ne peuvent ajouter ni diminuer aux déclarations qui *doivent* leur être faites; mais les parties ne doivent déclarer que ce que la loi demande. Si elles vont au delà, l'officier public peut et doit refuser ce qui, dans leurs déclarations, excède ou contrarie le désir de la loi. » (Fenet, t. VIII, p. 291.)

Ainsi, on ne doit pas déclarer, et si on le déclarait, l'officier ne devrait pas l'énoncer dans l'acte, qu'un individu est mort assassiné, ou dans une prison, ou sur l'échafaud; car l'art. 85 prohibe formellement la mention de ces circonstances. On ne pourrait pas non plus énoncer que tel enfant qui a pour mère Marie, épouse de Pierre, a pour père Paul, ou que cet enfant qui a pour mère Marie, femme non ma-

riée, a pour père Victor, oncle de la mère; car il résulterait de là que l'enfant est adultérin ou incestueux, et, dans ces cas, la reconnaissance même formelle du père ne saurait avoir lieu, aux termes de l'art. 335. Ainsi encore on ne pourrait pas énoncer que tel enfant naturel a tel individu pour père, à moins que la déclaration ne fût faite par le père lui-même ou son fondé de pouvoir spécial, attendu que la reconnaissance du père doit être volontaire, et qu'aux termes de l'art. 340, l'enfant naturel ne peut être admis à rechercher ni à prouver que tel individu est son père, alors même qu'il serait en état de le constater par écrit et d'une manière évidente.

Quant à la recherche de la maternité, elle est admise, comme nous le verrons par l'art. 341. Mais nous verrons aussi qu'il faut à l'enfant un commencement de preuve par écrit, et nous prouverons que l'acte de naissance n'en peut pas servir. Dès lors, l'acte de naissance ne faisant pas preuve de l'énonciation par laquelle la mère est indiquée, cette énonciation se trouve ne pas rentrer dans ce qui *doit être déclaré par les comparants*. L'officier de l'état civil ne devrait donc pas l'admettre aux termes de notre article, ou s'il l'admet, lorsqu'on la lui fait bénévolement, parce qu'elle n'est pas précisément contraire au prescrit de la loi, comme celles dont nous avons parlé plus haut, il ne doit pas du moins l'exiger, comme le font beaucoup d'officiers de l'état civil.

36. — Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique.

231. Les parties peuvent se faire représenter pour tous actes de l'état civil, excepté pour les actes de mariage, où leur présence est nécessaire. Ce n'est pas qu'une loi formelle soit venue défendre les mariages par procureur, qui étaient permis autrefois; mais cette défense résulte assez de l'esprit de la loi. En effet, on ne trouve, ni au titre du Mariage, ni dans le chapitre III de notre titre, qui s'occupe des actes de mariage, aucun texte qui fasse allusion à l'hypothèse d'un mariage contracté par un fondé de pouvoir; au contraire, il y est toujours question des parties elles-mêmes, notamment dans l'art. 75. Notre article, d'ailleurs, prouve qu'il est au moins un cas où l'on est obligé de comparaître en personne, et ce cas ne peut être que celui de mariage. Enfin, lors de la discussion de notre titre, Bonaparte dit formellement dans une des conférences du Conseil d'État, que le mariage n'aurait plus lieu qu'entre personnes présentes. C'est donc avec raison que la doctrine contraire de Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. 4, quest. 4) et de Toullier (I, 574) est généralement repoussée (1).

---

(1) Locré (II, p. 156); Favard (v° *Acte de l'ét. civ.*, § 2, n° 4); Duranton (I, 287); Vazeille (I, 184); Zachariæ (III, p. 299); Demolombe (III, 210); Bastia, 2 avril 1849 (Dev., 49, 2, 338).

37. — Les témoins produits aux actes de l'état civil ne pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres; et ils seront choisis par les personnes intéressées.

232. Ainsi, les seules conditions exigées pour être témoin aux actes de l'état civil, c'est d'être mâle et âgé de vingt et un ans, de sorte qu'il n'est pas même nécessaire d'être Français (1). La loi est donc beaucoup plus facile ici que pour les actes ordinaires; car, aux termes des art. 9 et 10 de la loi du 25 ventôse an XI, organique du notariat, les témoins appelés pour la rédaction d'un acte devant notaire doivent être citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement où l'acte est passé, et il faut de plus qu'ils ne soient ni parents ni alliés, en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, ni serviteurs, soit du notaire, soit de l'une des parties contractantes, ni enfin clercs de ce notaire.

38. — L'officier de l'état civil donnera lecture des actes aux parties comparantes, ou à leur fondé de procuration, et aux témoins.

Il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité.

39. — Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins; ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer.

40. — Les actes de l'état civil seront inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles.

233. On peut, suivant la population de la commune, avoir trois registres, un pour les actes de naissance, un pour ceux de mariage, un pour ceux de décès, ou n'en avoir qu'un seul pour tous ces actes; mais alors même qu'il n'y en aurait qu'un, il doit être *tenu double*.

L'idée de cette tenue double est due au chancelier d'Aguesseau.

41. — Les registres seront cotés par première et dernière, et parafés sur chaque feuille, par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera.

234. Pour prévenir l'intercalation ou la suppression d'un ou de plusieurs feuillets, la loi exige que le président du tribunal indique, sur chaque feuillet, le rang qu'il tient dans les registres en y inscrivant ces mots : *premier feuillet, deuxième feuillet, troisième feuillet... cinquantième et dernier feuillet*, et que sous ces mots le magistrat mette son parafe.

42. — Les actes seront inscrits sur les registres, de suite, sans

(1) Duranton (I, 188); Zachariæ (§ 59, texte et note 8); Aubry et Rau (4e édit., I, p. 200).

aucun blanc. Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres.

43. — Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de l'état civil, à la fin de chaque année; et dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance.

235. Les précautions prises par ces deux articles ont toujours pour but, comme on le voit, de mettre les actes de l'état civil à l'abri des faux de toute nature. Le double dépôt en deux endroits différents, en même temps qu'il diminue les chances de destruction par incendie ou autre accident, rend aussi la fraude plus difficile, puisqu'il faudrait que les deux dépositaires s'entendissent pour la commettre.

44. — Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, seront déposées, après qu'elles auront été parafées par la personne qui les aura produites, et par l'officier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le double des registres dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe.

45. — Toute personne pourra se faire délivrer, par les dépositaires des registres de l'état civil, des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux.

SOMMAIRE.

I. Nécessité de l'obligation imposée aux dépositaires de délivrer des extraits à tous requérants. — Quels sont les dépositaires légaux. — Coût des extraits.

II. Qu'entend-on par *Extrait délivré conforme?* — Quand la légalisation est-elle nécessaire? — Ce que c'est que l'inscription de faux.

III. Les extraits, soit que les registres existent encore ou n'existent plus, font toujours pleine foi par eux-mêmes. Dissentiment avec M. Duranton.

IV. La voie de l'inscription de faux n'est nécessaire que pour les mentions que l'officier de l'état civil peut attester *propriis sensibus.* Erreur de Toullier, de M. Duranton, etc.

I. — 236. Les actes de l'état civil, constatant l'état et par suite la capacité de chacun, n'intéressent pas seulement les individus qu'ils concernent, mais tous ceux qui peuvent contracter avec eux; il importe donc à tous d'en pouvoir prendre connaissance. Aussi la loi veut-elle que toute personne puisse s'en faire délivrer des extraits par les dépositaires légaux, qui sont le maire ou l'adjoint de chaque commune, ou le greffier du tribunal civil.

Dans les premières années du Code, les secrétaires de mairie avaient cru que c'étaient eux qui avaient le caractère de dépositaires légaux à partir du moment où les actes étaient déposés aux archives de la com-

mune; c'était une erreur : aussi un avis du Conseil d'État, du 2 juillet 1807, tout en déclarant valables les extraits délivrés par eux jusqu'alors, leur a fait défense d'en délivrer à l'avenir, « attendu, y est-il » dit, que les employés qui se qualifient de secrétaires de mairie, n'ont » point de caractère public, et ne peuvent, dès lors, rendre authen- » tique aucun acte, aucune expédition ni aucun extrait. »

D'après un décret du 12 du même mois, les droits dus pour la délivrance de ces extraits sont :

Pour un extrait d'acte de naissance ou de décès :

Au-dessous de 50 000 âmes.	Au-dessus de 50 000 âmes.	Paris.
0 fr. 30 c.	0 fr. 60 c.	0 fr. 75 c.

Pour un extrait de mariage :

0 fr. 60 c.	1 fr. 00 c.	1 fr. 50 c.

Il doit être remboursé en outre, pour frais de timbre, d'après l'art. 63 de la loi du 28 avril 1816, 1 fr. 25 c. (1).

II. — 237. Notre article dit que l'extrait, délivré conforme et légalisé par le président du tribunal, fera foi jusqu'à inscription de faux.

On appelle délivré conforme l'extrait dont le dépositaire a certifié la conformité avec l'original, par ces mots : *Certifié conforme,* ou *Délivré conforme à l'original, par nous,* etc.

La légalisation est l'attestation par laquelle le président certifie que la signature apposée à l'acte est bien celle du dépositaire (2).

Nous ne pensons pas que cette légalisation soit nécessaire lorsque l'acte est produit dans l'arrondissement où il a été reçu (3). La loi précitée du 25 ventôse an 11, art. 28, n'exige la légalisation pour les actes notariés, qu'autant que l'acte, s'il s'agit d'un notaire à la résidence d'une Cour d'appel, sera produit hors du ressort de cette Cour, et hors du département pour les autres notaires. La loi répute donc la signature du notaire assez connue, selon les cas, dans le département ou dans le ressort de la Cour d'appel; par égale raison, la signature de l'officier de l'état civil doit être réputée connue suffisamment dans l'arrondissement dont il dépend.

Cet extrait ainsi délivré conforme et légalisé, si besoin est, fait foi jusqu'à inscription de faux, comme le registre lui-même. On appelle *Inscription de faux* l'acte par lequel on soutient, en justice, qu'une pièce produite dans un procès est fausse. L'inscription de faux, qui commence par une déclaration faite par le demandeur en faux au

(1) Aujourd'hui les frais de timbre s'élèvent à 1 fr. 80, aux termes de la loi du 2 juillet 1862 (art. 17), et de la loi du 23 août 1871 (art. 2).

(2) Aux termes de la loi du 2 mai 1861, les juges de paix qui ne siégent pas au chef-lieu du ressort d'un tribunal de première instance sont autorisés à légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les signatures des officiers de l'état civil des communes qui dépendent de leur canton.

(3) Usage constant à Paris.— *Contrà :* Demolombe (I, 317); Aubry et Rau (4ᵉ édit., t. I, p. 220).

greffe du tribunal, donne lieu à de longues formalités, détaillées aux art. 214 à 251 du Code de procédure civile; elle est, en outre des difficultés qu'elle présente, une voie périlleuse pour le demandeur, puisque, s'il succombe faute de preuves suffisantes, bien qu'au fond il ait peut-être raison, il sera condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, et, dans tous les cas, à une amende qui ne peut être moindre de 300 francs.

III. — 238. M. Duranton (I, 299), et après lui M. Zachariæ (I, p. 147) et M. Richelot (I, 152) (1), ont écrit que ce moyen de l'inscription de faux n'était nécessaire à prendre, pour attaquer un extrait, qu'autant que le registre original n'existerait plus.

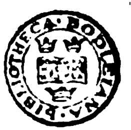
C'est heurter de front la disposition formelle de notre article; car c'est dire que ces extraits ne font foi jusqu'à inscription de faux que dans un cas particulier et assez rare, tandis que notre article nous dit d'une manière absolue, que ces extraits font foi jusqu'à inscription de faux, sans apporter aucune restriction à cette proposition. L'idée du législateur ne pourra pas d'ailleurs paraître douteuse, si l'on rapproche notre article des art. 1334 et 1335, relatifs aux copies des actes authentiques ordinaires, c'est-à-dire des actes notariés.

Dans ces articles, en effet, le législateur nous dit tout au long et d'une manière précise :

« Tant que le titre original subsistera, les copies ne feront pas foi jusqu'à inscription de faux, il suffira d'une simple dénégation de l'adversaire pour rendre nécessaire la présentation de l'original lui-même; — Que si l'original n'existe plus, il faudra distinguer : les premières copies ordinairement appelées grosses, puis celles tirées par autorité du magistrat, les parties présentes ou dûment appelées; puis, enfin, celles tirées sans l'autorité du magistrat, mais en présence et du consentement de ces parties, feront foi jusqu'à inscription de faux, comme ferait l'original lui-même. — Quant à toutes autres copies, bien que délivrées et certifiées conformes par le notaire, elles ne font pas foi nécessairement, elles *peuvent* seulement *faire foi*, pourvu encore qu'elles aient plus de trente ans de date quand on les produit; que si elles n'ont pas trente ans de date, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit. » (Voy. les art. 1334 et 1335.)

Ainsi, les copies d'un acte notarié ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, tant que l'original existe, et quand il n'existe plus, elles n'ont cet effet que sous certaines conditions et non pas toujours, tandis que, d'après notre article, les extraits des actes de l'état civil, délivrés conformes et légalisés, font foi jusqu'à inscription de faux, toujours, absolument et sans restriction. Il y a donc, d'après la volonté expresse du législateur, une énorme différence, du rapport qui existe entre une copie d'acte notarié et son original, au rapport qui

(1) *Adde* : Vazeille (*Mar.*, I, n° 299); Rieff (*Comm. sur les actes de l'état civ.*, n° 66).



existe entre un extrait d'acte de l'état civil et son original. Il n'est donc pas étonnant que les auteurs dont nous combattons le sentiment soient arrivés à un résultat erroné, quand ils ont posé en principe et pris pour point de départ cette proposition évidemment fausse : « Que les extraits des actes de l'état civil sont aux registres ce que les » expéditions des actes notariés sont aux originaux. » Nous venons de voir que la loi a mis une immense différence entre ces deux cas, et la raison de cette différence est palpable, elle résulte de la nature même des choses.

En effet, les notaires reçoivent et doivent recevoir les minutes, c'est-à-dire les actes originaux, non pas sur des registres, mais sur des feuilles isolées (voy. Lett. minist. du 15 février 1809). On pourra donc produire un original sans en déranger aucun autre; d'ailleurs, le jugement qui ordonnera la présentation de l'acte original pourra enjoindre au notaire d'en tirer une copie, les parties dûment appelées, avant de s'en dessaisir. Cette copie, si l'acte venait à être perdu, réunirait les conditions voulues par l'art 1335 pour faire foi comme l'original lui-même, et le remplacerait. Au contraire, tout acte de l'état civil étant rédigé sur un registre qui contient tous ceux de la même année, si l'on contestait à Bordeaux, par exemple, la conformité de l'extrait d'un acte reçu à Rouen, il faudrait, dans l'opinion que nous combattons, envoyer, d'un bout de la France à l'autre, non pas seulement l'acte, mais le registre, et se mettre ainsi dans l'impossibilité de délivrer aucun extrait des actes qu'il contient, jusqu'à ce qu'il fût rendu au dépositaire. Le registre pourrait d'ailleurs se trouver perdu, et ici l'on ne peut pas demander que le dépositaire se mette à le copier en entier avant de s'en dessaisir.

Pour motiver la décision que nous combattons, M. Duranton, qui nous donne implicitement l'argument tiré de la prétendue parité existant entre les extraits d'actes de l'état civil et les copies d'actes notariés, en présente aussi un autre qui ne vaut pas mieux. Il le tire des termes mêmes de notre article. Cet argument revient à dire : les extraits ne font foi qu'autant qu'ils sont délivrés conformes aux registres; donc, si je nie seulement leur conformité avec l'original, on ne pourra exiger que je prenne l'inscription de faux, puisque alors, c'est précisément le point de savoir s'ils sont conformes, et par conséquent s'ils doivent faire foi, qui est mis en question.

Cette argumentation repose sur le sens inexact donné aux mots : *délivré conforme*. Par les mots *extrait délivré conforme,* on n'entend pas un extrait *qui est* vraiment conforme à son original, mais seulement un extrait que l'officier public a *déclaré être conforme;* extrait délivré conforme est synonyme de extrait *certifié conforme* par le fonctionnaire duquel il émane. C'est uniquement à cause de l'authenticité qu'il faut donner à cette mention de conformité, que l'extrait ne peut être délivré que par un officier public; sans cela, en effet, et si l'extrait ne devait faire foi qu'autant qu'il serait constant, par la représentation du registre, qu'il est vraiment conforme, alors il pourrait tout aussi bien

être délivré par le premier venu des copistes ou des employés d'un bureau.

Les conséquences de la doctrine de M. Duranton sont vraiment étranges. Les extraits, selon lui, ne feraient foi qu'autant qu'il serait certain qu'ils sont conformes aux registres. Mais comment le saurait-on ? Évidemment, ce ne pourrait jamais être que par la représentation des registres eux-mêmes. Ainsi, un extrait ferait foi quand... ? Quand, en le présentant d'une main, on présenterait de l'autre le registre pour prouver qu'il lui est conforme ! Mais alors ce seront les registres qui feront foi, et les extraits deviendront parfaitement inutiles !

Ce que veut le législateur, c'est que l'extrait présente cette mention : *Délivré conforme* ou *certifié conforme par nous*, etc., et que cette mention soit signée de l'officier ayant, pour ce, caractère compétent. C'est pour que l'on soit certain que cette attestation émane bien de l'officier et que la signature est bien la sienne, que notre article exige, comme seconde condition, que cette signature soit légalisée par le président du tribunal (1).

IV. — 239. Les extraits d'actes de l'état civil font la même foi que les actes eux-mêmes ; mais est-ce de tout leur contenu que les uns et les autres font foi jusqu'à inscription de faux? Ne faut-il pas plutôt distinguer entre les faits attestés par l'officier lui-même et ceux qui ne lui ont été que déclarés? Toullier (II, 865), Merlin (*Rép.*, v° Maternité, § 6), M. Duranton (I, 305-308), et M. Coin-Delisle (art. 46, n° I), tiennent pour la première idée ; mais elle nous paraît inadmissible.

En effet, c'est un principe incontesté que l'inscription de faux n'est nécessaire qu'autant qu'on prétend fausse la déclaration d'un officier public et qu'on attaque la véracité de cet officier. L'officier public, en effet, mérite plus de confiance qu'un simple individu ; son témoignage a plus de poids, d'abord parce qu'il est revêtu d'une autorité que n'a pas l'autre, et ensuite parce que, en cas de prévarication, en cas de faux, il a à craindre des peines beaucoup plus sévères, et que, dès lors, il est à croire qu'il ne se portera pas aussi facilement au mensonge. Mais si la loi accorde au témoignage de l'officier public plus de confiance qu'à un autre, si elle le répute plus fort, elle ne doit donc pas permettre qu'on l'attaque par les mêmes moyens. Aussi, ne permet-elle d'en prouver la fausseté que par la voie de l'inscription de faux.

Cela bien entendu, il est clair que parmi les faits mentionnés dans un acte de l'état civil, il en est qu'on peut prétendre faux sans attaquer le moins du monde la véracité de l'officier de l'état civil. Si je prétends que l'enfant qui est dit dans l'acte être né de Pierre et de Marie, est né au contraire de Paul et d'Adèle, est-ce que la conséquence de ma prétention serait que l'officier de l'état civil a menti ? Non évidemment ; car il n'a pas attesté, et n'a pu attester que l'enfant était né de telles

---

(1) Notre doctrine, isolée d'abord, est aujourd'hui partagée par M. Bonnier (*Preuves*, n° 744), et M. Demolombe (I, 318) ; Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 221).

personnes, mais seulement *qu'on lui a déclaré qu'il était né* de telles personnes ; or, je ne dis pas qu'on ne lui a pas fait cette déclaration, je dis seulement que cette déclaration qu'on lui a faite est fausse. Ce n'est donc pas la véracité de l'officier de l'état civil que j'attaque, mais celle des déclarants. Il suit de là que, pour prétendre que l'inscription de faux est nécessaire, quel que soit le fait que l'on veuille prouver faux, il faudra dire que les déclarants aussi sont officiers publics. C'est ce qu'ont fait effectivement plusieurs auteurs, notamment Toullier; mais l'idée est inadmissible.

Si ceux qui viennent déclarer, par exemple, la naissance d'un enfant, avaient réellement un caractère public, d'où le tireraient-ils? Il est clair que ce serait de la mission que leur donne l'art. 56 pour faire cette déclaration; or, à qui cet article donne-t-il cette mission? Au père, ou à son défaut au médecin, à la sage-femme, ou à une personne qui aura assisté à l'accouchement. Si donc l'individu qui fait la déclaration n'était pas le père et n'avait pas assisté à l'accouchement, il n'aurait plus de caractère public. Il suit de là que, dans le système que nous combattons, il faudrait, pour qu'on pût dire que le déclarant était officier public, quant à la déclaration, constater et bien établir préalablement qu'il avait mission de la loi, c'est-à-dire qu'il était bien le père ou qu'il avait réellement assisté à l'accouchement; or, c'est là un point que ni l'extrait ni l'acte lui-même ne peuvent jamais établir. Ainsi, et quand même l'on déciderait que ceux à qui est imposée l'obligation de faire la déclaration ont vraiment pour cette déclaration le caractère d'officiers publics, il ne serait pas prouvé que ceux qui sont venus faire telle déclaration avaient bien ce caractère, et par conséquent, l'inscription de faux ne pourrait pas encore être exigée. Or, comme le législateur n'établit jamais ce qu'il saurait établir inefficacement, nous pouvons déjà conclure que son idée n'a point été de donner jamais aux déclarants le caractère d'officiers publics.

Le Code pénal, d'ailleurs, lève tout doute à cet égard. En effet, aux termes de l'art. 146 de ce Code, *tout fonctionnaire ou officier public* qui aura frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances des actes de son ministère, *en constatant comme vrais des faits faux,* sera puni des *travaux forcés à perpétuité*. Si donc l'individu qui vient déclarer que tel enfant est né de telle femme, était, quant à cette déclaration, un officier public, il se serait trouvé, en cas de fausse déclaration, forcément compris dans cet article. Or, il n'en est pas ainsi : car, d'après l'art. 345 du même Code pénal, tout coupable de substitution d'un enfant à un autre, *ou de supposition d'enfant à une femme qui ne sera pas accouchée,* n'est puni que de la *réclusion,* c'est-à-dire de la même peine précisément qui est portée par l'art. 363 contre celui qui vient en justice, en matière civile, mentir comme simple individu, comme témoin. Cette peine identique, prononcée dans les deux cas, établit clairement que, dans l'idée du législateur, l'individu qui vient déclarer à l'officier de l'état civil que tel enfant est né de telle femme, tel jour, à telle heure, dans tel endroit, n'a pas plus de carac-

tère public qu'il n'en aurait eu s'il s'était agi d'un procès dans lequel il aurait fait la même déclaration comme témoin, pas plus enfin que n'en a le premier témoin venu (1).

46. — Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins; et dans ces cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins.

SOMMAIRE.

I. L'article permet de prouver, par simple témoignage, deux points successifs: 1° la non-tenue ou la destruction des registres; 2° la naissance, le mariage ou le décès.

II. L'article s'appliquerait également si un seul feuillet ou un seul acte était détruit, ou s'il y avait interruption apparente dans la tenue des registres. — Mais non si l'on alléguait une interruption dont il n'y aurait point de trace. Erreur de MM. Zachariæ, Coin-Delisle et de la jurisprudence.

III. Quand il s'agit de la preuve d'un mariage, il y a exception aux principes, si ce sont des enfants qui invoquent ce mariage après la mort de leur père et mère; ils n'ont alors rien à prouver, la possession d'état de leur auteur leur suffit.

IV. Notre article n'est relatif qu'au fait de la naissance; il n'a aucun trait à la filiation.

I. — 240. Il peut arriver, dans des temps de troubles politiques, qu'on ne rédige point d'actes de l'état civil; il peut arriver aussi, même dans les temps ordinaires, que des registres régulièrement tenus se trouvent égarés ou anéantis par l'effet d'un incendie, ou de quelque autre accident. Tel est le double cas que prévoit notre article, et pour lequel il porte deux dispositions (2).

Il permet d'abord de prouver, soit par titres, soit même par témoins, le fait qu'il n'a pas été tenu de registres à l'époque à laquelle remonte la naissance, le mariage ou le décès qu'on veut constater, ou bien cet autre fait, que le registre sur lequel l'acte pourrait se trouver est perdu ou anéanti; puis, ce point une fois établi, il permet encore de prouver, et de la même manière, c'est-à-dire ou par titres ou par témoins, le fait de la naissance, du mariage ou du décès (3).

Notre article, comme on le voit, suppose que les père et mère de celui qui demande à faire la preuve sont morts, puisqu'il parle de *papiers émanés des père et mère décédés;* que si ces père et mère existaient

(1) *Conf.* Zachariæ (I, p. 246); Aubry et Rau (4e édit., t. I, § 65, p. 219 et 220); Massé et Vergé (t. I, § 80, p. 111); Valette (sur Proudhon, I, p. 206); Richelot (p. 151); Demolombe (I, p. 320); Duvergier (sur Toullier, I, 306); Amiens, 26 juillet 1821; Angers, 25 mai 1822; Martinique, 11 février 1836; Rej., 16 mars 1841; Nîmes, 13 juin 1860 (Dev., 41, 1, 532; 60, 2, 276).

(2) A la suite des désastres de la guerre de 1870 et de l'insurrection de Paris du 18 mars 1871, sont intervenues deux lois, l'une du 6 janvier 1872, relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements, et l'autre du 12 février 1872, relative à la reconstitution des actes de l'état civil de Paris, détruits aux archives de la Préfecture et au dépôt du greffe du tribunal civil.

(3) L'art. 46 n'impose pas aux juges l'obligation de recevoir la preuve testimoniale; ils ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire. Demolombe (I, 325); Aubry et Rau (4e édit., t. I, § 64, p. 216); Cass., 8 août 1864 (Dev., 64, 1, 407).

encore, il est clair que, pour entrer dans l'esprit de notre article, ce seraient là les premières personnes à faire entendre. Il n'est pas douteux non plus, bien que l'article n'en parle pas, qu'on pourrait apporter, pour faire la preuve, d'autres titres que ceux émanés des père et mère; car, aux termes de l'article, on pourrait la faire par témoins seulement; or la preuve par écrit est toujours plus favorable et mérite plus de confiance que celle par témoins (1).

II. — 241. Si un seul feuillet du registre ou même un acte seulement était détruit, les intéressés pourraient invoquer notre article; car c'est pour eux comme si le registre avait disparu tout entier. Et qu'on ne dise pas que la position n'est plus la même : sans doute, de ce qu'un acte a été raturé, détruit d'une manière quelconque, il ne s'ensuit pas que cet acte me concernait; mais dans le cas de la perte totale d'un registre, il ne suit pas non plus de ce que ce registre est perdu, anéanti, qu'il contenait un acte qui me concernât. Ce que le législateur a voulu, pour qu'on pût prouver la naissance, le décès ou le mariage autrement que par un acte, c'est qu'il y eût un fait matériel qui rendît déjà plus vraisemblable la prétention du réclamant. Or ce fait matériel se trouve tout aussi bien dans la destruction d'un seul acte que dans celle d'un registre entier. Il y a même, dans ce cas, moins de chances de fraude; car il me faudra ici établir que la naissance, le mariage ou le décès dont il s'agit, coïncide avec l'époque précise de l'acte détruit, tandis que dans le cas de perte du registre, il me suffirait de pouvoir rattacher cette naissance, ce mariage ou ce décès à un moment quelconque de l'année à laquelle ce registre appartenait, ce qui serait beaucoup plus facile. Donc, ce que la loi décide pour le cas de perte du registre, il faut le décider, et *à fortiori*, pour le cas de perte ou destruction d'un seul feuillet ou d'un seul acte.

241 *bis*. Nous donnerons une décision semblable pour le cas où la tenue des registres aurait été interrompue pendant un temps plus ou moins long. Ainsi, un registre a été régulièrement tenu jusqu'à la fin d'avril, et pendant les deux mois de mai et de juin aucun acte n'a été inscrit; on voit, à la seule inspection du registre, que sa tenue a été interrompue de la fin d'avril au commencement de juillet.

Il y a là un fait matériel qui rend déjà vraisemblables les allégations du réclamant, et nous sommes d'ailleurs dans les termes mêmes de la loi; car il est vrai de dire que pendant ces deux mois *il n'a pas été tenu de registre*. Il en serait de même si seulement une feuille, ou même la place d'un seul acte, étaient restées en blanc.

Une loi postérieure au Code civil, celle du 13 janvier 1817, relative aux militaires ayant disparu dans les guerres qui avaient eu lieu de 1792 à 1895, prouve sans réplique que telle est bien l'idée du législateur dans notre article. En effet, l'art. 5 de cette loi nous dit : que la preuve *testimoniale* du décès de ces militaires pourra être ordonnée *conformément à l'art.* 46 *du Code civil*, s'il est prouvé qu'il n'y a point

(1) *Conf.* Demolombe (I, 325); Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 215).

eu de registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou *en partie*, ou *que leur tenue a éprouvé des interruptions*.

242. Mais il faut se garder d'en dire autant du cas où les registres ayant été régulièrement tenus, et la destruction d'aucun feuillet ni d'aucun acte n'apparaissant, un individu prétendrait qu'il y a eu omission de l'acte qui devait constater la naissance, le mariage ou le décès. Il est vrai que plusieurs auteurs et arrêts veulent étendre à cette hypothèse la règle de notre article (1); mais c'est une erreur certaine, car, accorder ici la faculté dont il s'agit, c'eût été, de la part du législateur, déclarer inutiles, par une seule phrase, toutes les dispositions portées pour la rédaction des actes de l'état civil. En effet, si l'on pouvait être admis à la preuve testimoniale sur la seule prétention d'une omission dont il n'apparaît pas, alors, comme on pourrait *toujours* prétendre qu'il y a eu omission, il serait vrai de dire, d'une manière absolue et sans aucune restriction, que les naissances, mariages et décès pourront *toujours* se prouver par témoins.

La loi n'a permis d'admettre la preuve testimoniale que quand il existe un fait, facile à constater, et rendant déjà probable la prétention du réclamant. Ce fait, c'est la non-tenue, ou la tenue incomplète, ou enfin la destruction, soit totale, soit partielle, de ces mêmes registres (2).

III. — 243. Du reste, à cette proposition que les naissances, mariages ou décès ne peuvent se prouver par un moyen autre que les actes de l'état civil, qu'autant qu'il n'a pas été tenu de registres ou que les registres ont été perdus, détruits ou altérés, il faut apporter une restriction relative au cas où ce sont des enfants qui ont besoin de prouver le mariage de leur père et mère.

Quand il s'agit de prouver la célébration d'un mariage, il faut distinguer si ce sont les époux eux-mêmes qui réclament l'effet de cette célébration, ou si ce sont leurs enfants qui viennent l'invoquer après leur mort. Si ce sont les époux, ils restent soumis aux règles que nous venons d'indiquer; mais si ce sont des enfants, venant réclamer, après la mort de leurs père et mère, la qualité d'enfants légitimes, il y a pour eux exception à ces règles. En effet, d'après les principes, pour établir leur légitimité, ils devraient tout d'abord rapporter l'acte de mariage de leurs auteurs ou faire les deux preuves successives indiquées par notre article; or, il n'en sera pas ainsi : il suffira, d'après l'art. 197, que les père et mère décédés aient vécu publiquement comme mari et femme légitimes, et que les enfants aient une possession d'enfants légitimes, laquelle ne soit pas contredite par leur acte de naissance.

IV. — 244. Maintenant, il ne faut pas se tromper sur la portée de notre article : il faut bien comprendre quel est le point qu'il permet de

(1) Coin-Delisle (nº 19); Zachariæ (I, p. 158); Richelot (nº 215); Rej., 22 décembre 1819, 1er juin 1830; Limoges, 26 juillet 1832.

(2) *Conf.* Duranton (I, 297); Valette (sur Proudhon, I, p. 212); Demolombe (I, 324); Demante (I, nº 91 *bis*); Aubry et Rau (4e édit., I, p. 216).

prouver par témoins, dans les cas dont il s'occupe. C'est le fait de la naissance, du mariage ou du décès. C'est le *fait de la naissance* et non pas la *filiation,* comme l'ont dit plusieurs auteurs. La naissance et la filiation sont deux choses très-distinctes et qui ne s'établissent pas de la même manière. La naissance est toujours prouvée par l'acte de naissance; quant à la filiation, il n'en est pas ainsi : elle s'établit par des moyens spéciaux dont le législateur ne s'occupe pas ici et qu'il a tracés dans le titre VII, sous la rubrique : *De la paternité et de la filiation.* Nous verrons dans ce titre VII, que, s'il s'agit d'une filiation naturelle, la paternité ne peut se prouver que par une reconnaissance volontaire du père (voy. art. 334 et 340); quant à la maternité, elle peut, à défaut d'une reconnaissance volontaire de la mère, s'établir par témoins, pourvu qu'on ait un commencement de preuve par écrit, que ne donnerait pas même l'acte de naissance (voy. art. 341 et 324). Si c'est une filiation légitime qu'on invoque, la paternité et la maternité tout ensemble sont prouvées par l'acte de naissance (voy. art. 319); à défaut d'acte de naissance par la possession d'état (320); enfin, à défaut et d'acte de naissance et de possession d'état, par témoins, mais encore avec un commencement de preuve par écrit (323). Ces simples notions, qui seront complétées quand nous arriverons au titre VII, suffisent déjà pour faire comprendre qu'il ne s'agit pas ici de la filiation, puisque les règles relatives à la filiation sont exposées plus loin dans un titre exprès, et que, d'après ces règles, la preuve purement testimoniale n'est jamais admise, tandis que cette preuve suffit dans le cas de notre article. Cet article, donc, ne s'occupe que du fait de la naissance et même, quant à ce fait, il est clair que la preuve testimoniale, admise par notre article, n'aura pas la même force que l'acte de naissance; car celui-ci, comme on l'a vu, prouve quelques-unes de ces énonciations, jusqu'à inscription de faux, tandis qu'une preuve par témoins n'a jamais cet effet.

47. — Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays.

245. Cet article n'est qu'une application de la maxime *Locus regit actum,* de laquelle nous avons parlé sous l'art. 3, et qui proclame un principe en vertu duquel l'officier public d'un pays se trouve compétent pour recevoir les actes passés dans ce pays, non pas seulement par les citoyens de ce pays, mais aussi par les étrangers qui s'y trouvent en passant. Notre article suppose, en effet, bien qu'il ne le dise pas, que l'acte a été reçu par un officier du pays; car il n'y a que lui qui puisse employer les formes usitées dans ce pays, les agents du gouvernement français dans ce pays ne pourraient employer que celles réglées par les lois françaises. Il est clair, en effet, que tout officier public, pour instrumenter valablement, doit suivre les règles tracées

par le pouvoir duquel il tient sa mission. C'est ce qui d'ailleurs résulte clairement de l'article suivant (1).

48. — Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls.

246. Il ne s'agit, dans cet article, que des actes relatifs à des Français seulement, tandis que l'article précédent s'appliquerait et à ceux relatifs à des Français seulement, et à ceux relatifs à un Français et à un étranger tout à la fois. Ainsi, un agent diplomatique de France, à l'étranger, ne peut pas marier un Français et une étrangère ; il est bien compétent quant au premier, mais il ne l'est plus pour la seconde. Au contraire, l'officier public du pays pourra très-bien faire ce mariage, parce que, s'il est compétent pour l'étrangère, soumise à l'autorité qui a institué cet officier, il l'est aussi relativement au Français, en vertu du principe *Locus regit actum*.

Aussi, notre article dit-il seulement *tout acte de l'état civil des Français,* tandis que l'article précédent disait *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers*. Ici la compétence est toute personnelle ; dans le cas de l'article précédent, elle est pour ainsi dire *réelle, territoriale* (2).

49. — Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle sera faite à la requête des parties intéressées, par l'officier de l'état civil, sur les registres courants ou sur ceux qui auront été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil en donnera avis, dans les trois jours, au procureur de la République près ledit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres.

247. D'après l'art. 101, lorsqu'un jugement ordonne la rectification d'un acte de l'état civil, on ne change pas pour cela la teneur primitive de cet acte; on inscrit sur les registres, à sa date, le jugement de rectification, et l'on en fait mention en marge de l'acte réformé. De même, d'après l'art. 62, lorsqu'un enfant naturel, non reconnu dans son acte de naissance, l'est postérieurement, l'acte de reconnaissance

---

(1) Jugé que l'acte de naissance dressé en pays étranger, plus de trois jours après la naissance est valable et peut être invoqué en France, sauf preuve contraire, s'il est régulier dans sa forme d'après les lois du pays. Paris, 6 mai 1850 (Dev., 52, 2, 161; *J. Pal.*, 52, 2, 120).

(2) Rej., 10 août 1819, 7 juillet 1835 (Dev., 35, 1, 939).

Jugé que l'art. 48 du Code civil n'est nullement limitatif ni impératif. Aix, 20 mars 1862 (*J. Pal.*, 62, 1047).

est également inscrit à sa date sur le registre, et mention en est faite en marge de l'acte de naissance. Ainsi encore, quand un enfant naturel est légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, l'acte de mariage doit, comme nous le verrons sous l'art. 331, être mentionné en marge de l'acte de naissance.

Dans ces différents cas, si l'acte en marge duquel la mention doit se faire se trouve sur les registres de l'année, l'officier de l'état civil seul fera mention sur les deux registres; car il les détient tous deux. Que si l'acte appartient à une autre année, comme alors un des deux registres sur lesquels il est inscrit est déposé au greffe du tribunal, l'officier de l'état civil et le greffier auront à faire cette mention, chacun sur le registre dont il est dépositaire. Mais, dans ce cas-là même, c'est à l'officier de l'état civil seulement que les parties devront s'adresser, puisque c'est lui qui doit, aux termes de notre article, avertir le procureur de la République, pour que celui-ci fasse faire la mention sur le registre du greffe. Il était tout naturel de charger de ce soin cet officier de l'état civil, puisqu'il faut, dans tous les cas, s'adresser à lui pour l'inscription de l'acte ou du jugement dont mention doit se faire en marge d'un acte antérieur, inscription qui se fait nécessairement sur les registres de l'année courante, dont cet officier est détenteur.

50. — Toute contravention aux articles précédents de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance, et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.

248. Ces contraventions ne donnent point lieu à des poursuites devant les tribunaux de police correctionnelle; l'amende est prononcée par les tribunaux civils. Notre article le fait assez comprendre; car lorsque le législateur veut parler des tribunaux de police correctionnelle, aux mots : *Tribunal de première instance,* il ajoute : *jugeant correctionnellement,* ce qu'il n'a pas fait ici. Le point, d'ailleurs, a été décidé par un avis du Conseil d'Etat du 4 pluviôse an 12. Le législateur n'a pas voulu, et avec raison, que des contraventions de cette nature fussent considérées comme rentrant dans les matières criminelles.

Maintenant, à quels officiers s'applique cette disposition? Qu'est-ce que le législateur a voulu désigner par ces *fonctionnaires dénommés aux articles précédents?* Plusieurs auteurs, notamment Toullier (I, 312) et M. Zachariæ (I, 150) (1), prétendent qu'il faut y comprendre les procureurs de la République, attendu qu'il a été question d'eux dans les articles qui précèdent. Nous repoussons cette doctrine :

---

(1) *Adde* : Hutteau d'Origny (tit. X, chap. 1, n° 7); Rieff (n° 95); Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 206).

1° parce que les membres du ministère public sont, comme on sait, indépendants des tribunaux près desquels ils exercent; 2° parce que c'est précisément eux que la loi charge (art. 53) de faire les poursuites dont il s'agit; 3° enfin, parce que les articles précédents parlent aussi du président, de sorte qu'il faudrait dire que lui aussi rentre dans notre disposition, ce qui nous donnerait un magistrat présidant le tribunal pour se juger lui-même! — Notre décision est suivie par M. Richelot (I, 205, *note* 16) et par M. Demolombe (I, 118).

51. — Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations.

249. Si un ou plusieurs feuillets d'un registre sont déchirés, si un registre est enlevé, etc., le dépositaire, c'est-à-dire le maire ou le greffier, sera responsable de tous dommages-intérêts envers les parties intéressées, à l'effet de quoi il pourra être poursuivi par elles par-devant le tribunal civil. Quant à lui, il aura son recours contre les auteurs du délit, lesquels, en outre des dommages-intérêts auxquels ils devront être condamnés envers le dépositaire, devront encore être poursuivis criminellement par le procureur de la République.

52. — Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code pénal.

(Voy. le Code pénal, art. 145, 146, 147 et 192.)

53. — Le procureur de la République au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes.

54. — Dans tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes relatifs à l'état civil, les parties intéressées pourront se pourvoir contre le jugement.

250. Les tribunaux de première instance jugent en dernier ressort quand la contestation est relative à un objet d'une valeur de 1 500 francs de capital, ou moins; quand l'affaire est de plus de 1 500 francs, ils ne jugent que sauf appel à la Cour d'appel. Le législateur, pensant que l'état civil d'une personne est d'un prix inestimable, a voulu que toutes les décisions qui s'y référaient fussent susceptibles d'appel.

C'est par cette même raison de la haute importance que la loi attache

aux questions d'état, qu'elle a ordonné, par le décret du 30 mars 1808, art. 22, qu'en appel, ces questions seraient jugées en audience solennelle, toutes chambres de la Cour d'appel réunies.

CHAPITRE II

DES ACTES DE NAISSANCE.

55. — Les déclarations de naissance seront faites, dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu : l'enfant lui sera présenté.

251. Une fois le délai légal de trois jours expiré, il faudrait un jugement pour que l'officier de l'état civil pût recevoir une déclaration de naissance, puisqu'aux termes de l'art. 99 une simple rectification d'acte dans lequel se trouve quelque inexactitude, ne peut se faire qu'en vertu d'un jugement. C'est ce que décide un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an 12, qui veut que les jugements, dans ce cas, ne soient rendus que contradictoirement avec les parties intéressées ou elles appelées, et sur les conclusions du ministère public (1).

L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil. Mais peu importe où; la loi ne détermine pas le lieu. Si donc il y avait péril pour l'enfant à être transporté au bureau de cet officier, celui-ci pourrait aller dans la maison où se trouve l'enfant. La loi du 20 septembre 1792, que nous avons vue enlever les fonctions d'officier de l'état civil aux curés pour les confier à un des membres du conseil général de la commune, ordonnait aussi, par l'art. 6 du tit. 3, que l'enfant serait présenté à l'officier; elle avait fait plus, elle avait dit qu'il devait être à cet effet porté à la commune, mais elle ajoutait qu'en cas de péril imminent, l'officier serait tenu, sur la réquisition qui lui en serait faite, de se transporter dans la maison où serait le nouveau-né.

Remarquons que c'est vivant que l'enfant doit être présenté. Le cas de mort de l'enfant, avant l'enregistrement de sa naissance, est réglé par un décret dont nous parlerons à la fin du chap. 4, sous l'art. 87.

56. — La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.

L'acte de naissance sera rédigé de suite, en présence de deux témoins.

---

(1) Dans le cas où le maire refuse d'inscrire sur les registres de l'état civil la naissance d'un enfant, les tribunaux sont compétents pour ordonner cette inscription. Pau, 16 mai 1853 (*J. Pal.*, 54, 1, 566).

I. — 252. L'art. 346 du Code pénal prononce un emprisonnement de six jours à six mois et une amende de 16 frans à 300 francs contre celui qui aura contrevenu à la disposition de notre article.

C'est au père, comme de raison, que la loi impose, avant tous autres, l'obligation de faire la déclaration, et il est clair que, pour qu'il y soit tenu, il n'est pas nécessaire qu'il ait assisté à l'accouchement, ni même qu'il ait été présent à son domicile au moment précis où cet accouchement a eu lieu; il faudrait, pour que l'obligation ne lui incombât pas, qu'il fût, lors de l'accouchement, absent pour quelques jours, en telle sorte qu'on ignorât s'il reviendra à temps pour faire la déclaration, ou encore qu'il fût empêché d'agir. C'est alors, et subsidiairement seulement, comme l'article le dit, que l'obligation est imposée aux personnes qui ont assisté à l'accouchement (1). On ne pouvait pas, en effet, imposer en première ligne cette obligation au médecin ou à la sage-femme, qui peuvent avoir un ou plusieurs accouchements à faire chaque jour, et qui, d'ailleurs, n'ont point d'intérêt personnel à ce que la déclaration soit faite.

Par cette même raison, quand la mère n'est point accouchée dans son domicile, mais chez une autre personne, et que le père n'est pas là pour faire la déclaration, c'est la personne chez qui la mère est accouchée, que ce devoir regarde avant tous les autres. Elle a dû prévoir les conséquences de l'accouchement en permettant qu'il se fît chez elle; elle doit donc faire ce que ferait le mari, si cet accouchement avait eu lieu chez lui. Ici donc, les médecins, sages-femmes, etc., ne seront tenus que subsidiairement, et dans le cas où cette personne ne pourrait s'acquitter de cette obligation (2).

252 *bis*. On conçoit que cet article, pour imposer *à priori* une obligation au père, suppose que ce père est légalement connu à l'avance. Il ne dispose donc que pour l'hypothèse d'une femme mariée; hors de ce cas, l'obligation ne tombera que sur les personnes qui ont assisté à l'accouchement, ou, quand la femme n'est pas accouchée chez elle, sur la personne chez laquelle cet accouchement a eu lieu.

Au reste, notre article s'appliquerait encore, même au cas d'une femme non mariée, si, comme cela peut se faire, le père naturel avait reconnu l'enfant dès avant la naissance. En effet, ce n'est pas au *mari*, c'est au *père* que l'article impose tout d'abord l'obligation.

57. — L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés,

---

(1) *Conf.* Duranton (I, p. 258); Demolombe (I, p. 482). — Jugé que la présence d'une sage-femme à l'accouchement ne dispensait point les autres personnes qui y ont assisté, de faire la déclaration de la naissance. Cass., 12 nov. 1859 (Dev., 60, 1, 186; *J. Pal.*, 1860, 631). *Comp.* Cass., 12 déc. 1862; Rennes, 30 déc. 1863 (Dev., 63, 1, 833; 64, 2, 95); Cass., 28 fév. 1867 (Dev., 67, 1, 267); Agen, 1er mai 1867 (Dev., *ibid.*, à la note).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Déclar. de naiss., n° 1); Duranton (I, 312); Demolombe (I, p. 483); Rej., 7 nov. 1823; Metz, 23 mars 1824; Lyon, 19 juillet 1827; Cass., 12 déc. 1862 (Dev., 63, 1, 833).

les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins.

253. Cet article, pris dans son ensemble, n'a été fait et ne doit s'appliquer, comme l'article précédent, que pour le cas où le père de l'enfant est légalement connu. M. Siméon disait dans son rapport au Tribunat : « De cette obligation de nommer le père, on n'induirait pas » qu'il doit être nommé s'il ne se déclare pas, ou s'il n'est connu par » son mariage avec la mère. Le sens de l'article est qu'on n'énoncera » que le père qui veut ou qui doit être déclaré. » (Fenet, t. VIII, p. 294.)

Une loi du 11 germinal an 11 (1er avril 1803), art. 1, défend aux officiers de l'état civil de recevoir à l'avenir aucun des prénoms ridicules que la démence révolutionnaire avait imaginés quelques années auparavant, et d'en admettre d'autres que ceux en usage dans les différents calendriers, ou ceux des personnages connus de l'histoire ancienne. Les art. 2 et 3 permettent à ceux qui porteraient ces noms bizarres de les changer au moyen d'un jugement de restification de leurs actes d'état civil. Enfin, les art. 4 et suivants indiquent les formes à suivre pour obtenir du Gouvernement l'autorisation de changer de nom de famille.

58. — Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né, sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé.

Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres.

254. La loi, comme on le voit, prend toutes les précautions possibles pour que plus tard les parents, s'ils le désirent, puissent retrouver leur enfant. « Un simple vêtement, un haillon, disait M. Siméon, » pourront quelquefois aider à un retour de tendresse ou de remords; » ici, la loi n'est pas seulement prévoyante, elle est affectueuse et paternelle. » (Fenet, t. VIII, p. 295.)

59. — S'il naît un enfant pendant un voyage de mer, l'acte de naissance sera dressé dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est présent, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier d'administration de la marine; et sur les bâtiments appartenant à un armateur ou négociant, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de naissance sera inscrit à la suite du rôle d'équipage.

255. — On sait de reste que par les expressions *capitaine, maître ou patron,* notre article n'entend pas indiquer trois chefs inférieurs l'un à l'autre, qui, sur le même bâtiment, pourraient se suppléer pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil; il s'agit du commandant unique du bâtiment. En effet, sur les bâtiments marchands, celui qui commande porte, selon l'usage différent des diverses contrées, ici le nom de capitaine, là celui de maître, ailleurs celui de patron.

Si pourtant, pendant le voyage, ce chef venait à mourir, ou se trouvait empêché, par la maladie, par exemple, il est clair que les fonctions d'officier de l'état civil passeraient à celui qui le remplace pour le commandement, et qu'on appelle *second, second à bord,* c'est-à-dire *chef en second.* La loi, qui n'a pas pensé à s'en expliquer ici, le dit formellement dans l'art. 989, pour la réception des testaments.

60. — Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, seront tenus de déposer deux expéditions authentiques des actes de naissance qu'ils auront rédigés, savoir : dans un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime; et dans un port étranger, entre les mains du consul.

L'une de ces expéditions restera déposée au bureau de l'inscription maritime, ou à la chancellerie du consulat; l'autre sera envoyée au ministre de la marine, qui fera parvenir une copie, de lui certifiée, de chacun desdits actes, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu : cette copie sera inscrite de suite sur les registres.

256. Les expéditions authentiques, dont parle notre article, sont des copies délivrées et certifiées conformes à l'original, par celui qui a reçu l'acte, et qui est, sous ce rapport, regardé comme officier public.

La loi a pris, comme on le voit, tous les moyens d'empêcher la perte de l'acte et d'assurer l'état de l'enfant. Celui qui a dressé l'acte original en reste possesseur, et il en rédige, non pas une expédition, mais deux, dont l'une reste entre les mains du consul ou du préposé, pendant que l'autre est adressée au ministre. Celui-ci, enfin, reste saisi de cette expédition, et il en envoie seulement une copie à l'officier de l'état civil.

61. — A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui enverra une expédition de l'acte de naissance, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres.

257. Il serait assez naturel de penser que cet article ne devra recevoir son entière application que quand il n'y aura pas eu lieu d'accomplir tout ce que prescrit l'article précédent. A quoi bon, dirait-on, si l'officier de l'état civil a déjà reçu et inscrit l'acte de naissance, par suite de l'art. 60, à quoi bon l'inscrire une seconde fois? Cependant, comme rien, ni dans la loi ni dans les travaux préparatoires qui l'ont précédée, n'indique que l'un des articles ne doive s'appliquer qu'à défaut de l'autre; qu'au contraire, tous deux disposent en termes absolus et sans condition; comme d'ailleurs, si l'enfant avait, plus tard, des recherches à faire, des renseignements à désirer, sur sa filiation, par exemple, il lui serait avantageux de connaître le désarmement, dont le lieu est nécessairement en France (puisqu'il ne s'agit que de navires français), et dont l'époque sera mieux connue aussi que celle d'une relâche faite, peut-être, dans un pays fort éloigné; nous pensons que c'est le cas de dire : *Quod abundat non vitiat,* et que la pensée de la loi est bien que les deux articles s'appliqueront simultanément.

Ici c'est directement, et sans l'intermédiaire du ministre de la marine, que la copie est envoyée à l'officier de l'état civil; cette copie, du reste, est la seule, dans ce cas; le préposé n'en garde point une seconde, parce qu'il conserve le rôle d'équipage lui-même.

62. — L'acte de reconnaissance d'un enfant sera inscrit sur les registres, à sa date; et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un.

SOMMAIRE.

I. La reconnaissance peut être reçue, soit qu'il y ait un acte de naissance, soit qu'il n'y en ait pas; mais, dans ce dernier cas, elle n'y supplée point.
II. Elle peut se faire dans tout acte authentique; mais, dans tous les cas, elle doit être transcrite sur les registres de l'état civil.
III. Il n'y a jamais lieu à reconnaissance pour un enfant légitime.

I. — 258. Le contexte de notre article nous prouve que la reconnaissance pourrait avoir lieu, encore bien qu'il n'existât pas d'acte de naissance, soit qu'il n'en eût pas été rédigé, soit qu'il fût détruit; en effet, il nous dit d'abord que l'acte de reconnaissance sera inscrit à sa date, puis ensuite il ajoute qu'il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance, *s'il en existe un.*

Dans ce cas de non-existence de l'acte de naissance, l'acte de reconnaissance n'y suppléerait pas. Celui-ci, en effet, prouverait la filiation, mais il ne prouverait pas ce que l'acte de naissance a pour but principal de prouver, savoir, l'époque et le lieu de la naissance. Il faudrait donc, quant à ce défaut d'acte de naissance, répéter ici ce que nous avons dit sous l'art. 46.

II. — 259. La reconnaissance, comme notre article le laisse apercevoir, peut avoir lieu par déclaration devant l'officier de l'état civil, mais elle peut aussi avoir lieu par d'autres moyens; l'art. 344 nous apprend qu'elle peut être faite dans tout acte authentique.

Un notaire pourrait donc la recevoir, un juge de paix assisté de son

greffier le pourrait aussi. Dans ce cas, l'acte de reconnaissance devrait-il être transcrit sur les registres de l'état civil?

Aucun texte de loi ne l'exige, répond-on; on n'est donc pas forcé de le faire.

C'est une erreur; le texte de loi qu'on dit ne pas exister se trouve précisément dans notre article. Cet article, en effet, ne dit pas que l'acte devra être inscrit sur les registres, lors seulement que la reconnaissance sera reçue par un officier de l'état civil, ce qui laisserait encore la question intacte pour la reconnaissance faite devant d'autres officiers publics; il nous dit, sans restriction, sans modification : *L'acte de reconnaissance d'un enfant devra être inscrit sur les registres*. Il y a plus : il faut remarquer que cette obligation imposée d'inscrire les actes de reconnaissance sur les registres, et d'en faire mention en marge de l'acte de naissance, *est le seul but* de cet article, qui ne s'occupe pas même de nous dire comment les reconnaissances pourront être faites, ni par qui les actes en pourront être reçus. C'est là un point que le législateur traite au titre VII; quant à présent, il ne s'occupe que des actes de naissance, comme l'indique la rubrique de notre chapitre. Il ne pense qu'aux registres qui contiennent ces actes, et c'est pour compléter ce qu'il a à dire sur la rédaction et la tenue des registres qu'il ordonne que, quand une reconnaissance d'enfant aura lieu, l'acte en soit inscrit sur les registres des naissances.

Cet article, d'ailleurs, n'est que la conséquence d'un principe important posé par l'art. 45, et avec lequel le législateur se serait mis en contradiction, si son idée, quant aux actes de reconnaissance, avait été celle qu'on lui prête.

Nous avons dit sous cet art. 45, et il a été proclamé par les rédacteurs du Code eux-mêmes, que l'état de chaque individu n'intéresse pas seulement cet individu, mais la société tout entière, et qu'il importe à tous de le connaître. De là, la publicité établie par le Code pour tous les actes qui font connaître l'état civil de chacun. Et n'est-ce pas une nouvelle consécration de ce principe, que l'obligation, imposée par notre article, de mentionner, en marge de l'acte de naissance, la reconnaissance qui sera faite d'un enfant, afin qu'à tous ceux qui se feront délivrer des extraits de l'acte de naissance de cet enfant, il soit en même temps donné avis de la reconnaissance qui est venue postérieurement changer son état?

Mais ce n'est pas tout encore; au texte formel de notre article, à la théorie générale du Code qui exigerait la décision que nous donnons, alors même que cet article n'existerait pas, viennent de plus se joindre les paroles prononcées à ce sujet au Tribunat, et qui montrent que telle a bien été la pensée des législateurs.

Dans son rapport, le tribun Duchesne disait : « L'art. 65 ordonne » l'inscription, sur les registres, de l'acte de reconnaissance d'un en- » fant, *dans les cas* où elle pourra avoir lieu selon les règles qui seront » établies au titre de la Filiation; CE QUI NOUS A PARU INDISPENSABLE. » (Fenet, t. VIII, p. 113.)

III. — 260. S'il arrivait qu'un enfant légitime n'eût pas sa filiation constatée par son acte de naissance (on l'aurait déclaré, par exemple, comme né de père et mère inconnus), cet enfant pourrait-il être l'objet d'une reconnaissance faite devant l'officier de l'état civil, à l'effet de lui procurer une preuve de cette filiation?... La négative ne nous paraît pas douteuse.

Répétons d'abord que notre article n'a nullement pour objet de nous dire quels enfants on peut reconnaître, et que son but unique est de nous dire que, toutes les fois qu'il sera fait une reconnaissance, elle devra être inscrite sur le registre de l'état civil. Quant au point de savoir quels enfants peuvent être reconnus, dans quelles formes on doit reconnaître, quels sont les effets de la reconnaissance, etc., le législateur ne s'en occupe qu'au titre de la Paternité et de la Filiation, art. 312 et suivants. Là, il expose longuement et séparément les règles de la filiation légitime et de la filiation naturelle.

Or, dans ce titre, le législateur nous dit que la filiation naturelle ne se prouve jamais par l'acte de naissance, mais seulement par une reconnaissance, qui peut à la vérité être faite dans l'acte de naissance lui-même (art. 334) ; qu'au contraire, la filiation légitime se prouve par l'acte de naissance lui-même (art. 319). Il suit de là que l'acte de naissance de l'enfant naturel n'a qu'un but, c'est de prouver le fait de la naissance ; de sorte que, quand on a indiqué l'époque et le lieu où l'enfant est né, son sexe, les prénoms qu'on lui donne, l'acte est complet ; que si l'on y ajoute une reconnaissance, c'est là un second acte qui se réunit au premier. Au contraire, l'acte de naissance de l'enfant légitime ayant pour but de prouver et la naissance et la filiation, il ne sera pas complet tant que cette filiation n'y sera pas indiquée. Lors donc qu'on demande à faire la reconnaissance d'un enfant naturel, cette demande ne tend point à changer l'acte de naissance, qui reste toujours ce qu'il est ; elle tend à faire un acte nouveau, qui a son effet particulier, et qui ne modifiera en rien l'acte de naissance, qui est et demeure complet. Au contraire, demander à reconnaître un enfant légitime, en disant que, par erreur, sa filiation n'a pas été indiquée dans l'acte de naissance, ce serait prétendre que cet acte de naissance n'est pas complet, ce serait évidemment demander à rectifier cet acte ; or, une rectification d'acte de l'état civil ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement, aux termes de l'art. 99 et suivants.

261. Ce que nous venons de dire est pour le cas où il existe un acte de naissance dont les énonciations sont insuffisantes ; mais le résultat serait le même s'il n'en existait pas, soit qu'il n'en eût pas été rédigé, soit que celui qui avait été rédigé fût détruit. Il y aurait bien lieu encore à recevoir la reconnaissance d'un enfant naturel, puisque cette reconnaissance est une chose distincte et indépendante de cet acte de naissance (nous avons même fait remarquer, sous le n° I, que ce cas est formellement prévu par notre article). Mais au contraire, le seul acte par lequel l'enfant légitime puisse prouver sa filiation étant un

acte de naissance, il s'ensuit que c'est un acte de naissance qu'il faudrait lui procurer en suivant les règles tracées par l'art. 46.

262. Ainsi, en résumé, il n'y a jamais lieu, au profit d'un enfant légitime, de faire une *reconnaissance*. Il faut ou indiquer exactement la filiation dans son acte de naissance, ou demander une rectification de l'acte de naissance imparfait, ou enfin invoquer les règles de l'art. 46, dans les cas que cet article prévoit, pour établir tout à la fois et la naissance et la filiation. Du reste, l'enfant légitime a encore, pour prouver sa filiation, différents moyens subsidiaires qui seront expliqués sous les art. 320 et suivants; mais parmi ces moyens, il ne faut pas compter la reconnaissance, laquelle, comme on vient de l'expliquer, ne s'applique jamais qu'aux enfants naturels. Une dernière circonstance le prouve encore et suffirait à elle seule pour établir que notre article a bien été voté dans le sens que nous lui donnons : dans l'*Exposé des motifs* de ce titre, le conseiller d'État Thibaudeau disait, en terminant notre chap. 2 et en faisant allusion à notre art. 62 : « Enfin, comme au titre de la Paternité et de la Filia-» tion, il est traité de la reconnaissance *des enfants nés hors mariage*, » un article statue que les actes de reconnaissance seront inscrits sur » les registres. »

CHAPITRE III

DES ACTES DE MARIAGE.

263. Les art. 63 à 76, qui composent ce chapitre, traçant tous des règles dont le but est d'assurer l'accomplissement des conditions exigées pour contracter mariage, et ces conditions ne nous étant pas encore connues, nous croyons convenable de renvoyer leur explication au titre du Mariage, où elle trouvera sa place toute naturelle.

CHAPITRE IV

DES ACTES DE DÉCÈS.

77. — Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police.

SOMMAIRE.

I. Ce n'est pas la délivrance de l'autorisation, c'est l'inhumation qui ne peut avoir lieu qu'après les vingt-quatre heures, sauf les exigences de la salubrité publique.

II. L'officier doit se transporter au domicile.

III. C'est dans les vingt-quatre heures que la déclaration doit être faite; mais l'inhumation peut ne se faire que beaucoup plus tard.

I. — 264. L'autorisation dont parle notre article devrait, si l'on s'en tenait à ses termes, n'être délivrée que vingt-quatre heures après le décès. Ce n'est pas là ce que le législateur a voulu dire, son idée est que l'inhumation ne doit avoir lieu que vingt-quatre heures au plus tôt après le décès. Quant à l'autorisation, elle peut se délivrer et se délivre en effet plus tôt, mais avec la mention que l'inhumation ne pourra se faire avant telle heure.

Ce que nous disons, que l'autorisation peut, dans l'esprit de la loi, être accordée avant les vingt-quatre heures, se prouve facilement, en rapprochant de notre article le décret du 4 thermidor an 13. En effet, d'après notre article, et alors même qu'on le prendrait à la lettre, l'inhumation pourrait toujours se faire après vingt-quatre heures, puisque c'est à ce moment que l'autorisation pourrait être délivrée et qu'une fois cette autorisation obtenue, rien n'empêcherait de faire l'inhumation de suite. L'inhumation donc, nous insistons sur ce point, est permise après vingt-quatre heures ; or, d'après le décret du 4 thermidor, non-seulement avant cette autorisation accordée l'inhumation ne peut pas avoir lieu, mais *les fabriques, ou autres ayants droit, ne peuvent livrer les fournitures pour les funérailles*. Il faut donc, ces fournitures et préparatifs divers demandant souvent bien des heures, que l'autorisation soit délivrée avant le délai de vingt-quatre heures pour qu'à l'expiration de ce délai on soit en mesure pour l'inhumation ; autrement, la loi, en permettant d'un côté l'inhumation après les vingt-quatre heures, la rendrait impossible d'un autre côté. Du reste, ce n'est que dans les cas ordinaires que ce délai de vingt-quatre heures est exigé ; dans les temps d'épidémie, ou quand le cadavre se putréfie, l'inhumation peut avoir lieu beaucoup plus tôt. C'est ce que nous font entendre ces derniers mots de l'article : *Sauf les cas prévus par les règlements de police.*

II. — 265. L'officier de l'état civil ne doit, d'après l'article, délivrer l'autorisation qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée. Toutefois, il est évident que cet officier ne viole pas la loi, mais entre au contraire dans son esprit, quand il se fait remplacer, pour ce ministère, par un médecin, comme cela se pratique dans quelques villes. Mais ce qui constitue une inconcevable violation de la sage disposition de notre article : c'est l'habitude, prise par les officiers de l'état civil de beaucoup de localités, de ne point se déranger et de n'envoyer personne à leur place ; de sorte qu'il serait très-facile de faire constater, en due forme, le décès de tel individu, dans telle maison, alors que dans cette maison personne n'est mort et que l'individu se porte fort bien.

III. — 266. Le Code civil ne détermine point le délai dans lequel la déclaration doit être faite, ni les personnes qui doivent faire cette déclaration ; s'ensuit-il que cette obligation n'est imposée à personne, et qu'on pourra faire la déclaration quand on le voudra ?... Il est clair que ce n'est pas là l'idée du législateur et que, pour entrer dans ses vues, il faudra appliquer ce que disait à ce sujet le tit. 5 de la loi du 20 septembre 1792, relatif aux actes de décès, et dans lequel ont été

prises la plupart des dispositions de notre chapitre. L'art. 1er de ce titre veut que la déclaration soit faite par les deux plus proches parents, ou voisins, et au plus tard, dans les vingt-quatre heures.

Il y a, entre ce tit. 5 de la loi du 20 septembre 1792 et notre chapitre, une différence remarquable et qui fait bien saisir la cause du silence gardé par le législateur à ce sujet. En effet, la loi du 20 septembre, sans parler de l'inhumation, ordonnait de faire la déclaration du décès dans tel délai *au plus tard;* notre Code, tout au contraire, sans s'occuper de ce dernier point, défend de faire l'inhumation *avant tel délai,* en ordonnant d'ailleurs que cette inhumation soit précédée de la déclaration. Le législateur a pensé que l'empressement, quelquefois indécent et toujours dangereux, que l'on met trop souvent à se débarrasser du corps d'un parent ou d'un ami, était une suffisante garantie que l'inhumation, et par suite, la déclaration de décès, se feraient assez promptement, et qu'il était urgent de veiller, non pas à ce que la déclaration et l'inhumation se fissent trop tard, mais au contraire à ce qu'elles ne se fissent pas trop tôt.

Ceci nous explique pourquoi notre chapitre, qui ne devait s'occuper que de l'acte de décès et non pas de l'inhumation (ce qui rentre dans l'objet du droit administratif), nous parle cependant de l'inhumation tout d'abord et ne s'occupe de l'acte que dans l'article suivant. Préoccupé des graves dangers des inhumations hâtives, le législateur a saisi l'occasion de porter une disposition qui les empêchât, et il n'a plus pensé à déterminer, en sens contraire, un délai avant l'expiration duquel dût se faire, sinon l'inhumation, au moins la déclaration. Mais tout le monde pensera sans doute avec nous qu'il n'a point entendu, sur ce point, déroger à la loi précitée du 20 septembre 1792.

Il est même plusieurs textes, dans notre chapitre lui-même, qui dénotent clairement, chez le législateur, la volonté que la déclaration se fasse au plus tard dans les vingt-quatre heures. Ce sont d'abord l'article 80, qui veut que, dans le cas de décès dans les hôpitaux, il en soit donné avis à l'officier de l'état civil, par les supérieurs, directeurs, etc., *dans les vingt-quatre heures;* puis les art. 83 et 86, qui déterminent le même délai, chacun dans le cas particulier qu'il prévoit.

La déclaration devra donc être faite, au plus tard, dans les vingt-quatre heures; mais, bien entendu, rien ne force de faire l'inhumation aussitôt ce délai expiré; il est, au contraire, conforme à la raison et aux vues bien manifestes du législateur que le corps soit toujours gardé aussi longtemps que possible.

78. — L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil, sur la déclaration de deux témoins. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre.

I. — 267. Les deux individus dont parle notre article, seront tout

en même temps les déclarants et les témoins, comme le prouvent la première phrase de cet article et le premier alinéa de l'article suivant.

79. — L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des déclarants; et, s'ils sont parents, leur degré de parenté.

Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance.

I. — 268. L'acte de décès devait, tout naturellement, avoir pour objet de constater trois choses : 1° qu'un décès a vraiment eu lieu; 2° quel est l'individu décédé; 3° à quelle famille appartient cet individu. L'art. 77 se réfère au fait même du décès, les art. 78 et 79 s'occupent tous deux de l'individualité et des liens de famille du décédé.

Notre article n'exige point la mention du jour et de l'heure du décès. L'officier pourrait, sans doute, en recevoir la déclaration; mais elle ne ferait pas foi jusqu'à inscription de faux; ce serait là tout simplement la déposition de deux témoins ordinaires. Nous avons dit déjà, sous l'art. 45, que les actes de l'état civil ne font foi jusqu'à inscription de faux, que des énonciations que l'officier public a pu attester *propriis sensibus;* mais ici, et quant à cette énonciation, il y a une seconde raison de décider comme nous le faisons : c'est que l'énonciation n'est pas substantielle à l'acte, puisque la loi ne l'exige pas, et cette circonstance fait que notre décision devrait être adoptée par ceux-là mêmes qui pensent que, pour les actes de l'état civil, les déclarants ont, pour faire leur déclaration, un caractère public. En effet, en supposant vraie cette opinion, dont nous avons démontré la fausseté sous l'art. 45, ici les déclarants n'auraient plus ce caractère, puisque leur déclaration, quant à ce point, aurait été faite sans mission de la loi.

80. — En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils ou autres maisons publiques, les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites, et sur les renseignements qu'il aura pris.

Il sera tenu en outre, dans lesdits hôpitaux et maisons, des registres destinés à inscrire ces déclarations et ces renseignements.

L'officier de l'état civil enverra l'acte de décès à celui du dernier domicile de la personne décédée, qui l'inscrira sur les registres.

I. — 269. Les registres spéciaux dont parle cet article doivent être tenus dans les hôpitaux et *autres maisons publiques* sans distinction; la disposition s'appliquera donc aux colléges, séminaires et autres établissements dans lesquels demeurent un grand nombre de personnes. On devra, toutefois, en excepter les prisons, comme nous le prouverons à l'art. 84, n° II.

Ces registres, du reste, ne feraient pas foi jusqu'à inscription de faux; car ils ne sont ni tenus ni rédigés par un officier public. Le but de la loi, en les prescrivant, est d'ouvrir une nouvelle source de renseignements, qui peut devenir fort utile, surtout dans le cas où le registre de l'état civil sur lequel l'acte sera dressé, viendrait à être perdu ou détruit.

Il en est autrement, cependant, dans les lazarets : là, les mentions portées sur les registres tenus dans l'établissement sont de vrais actes de décès, attendu que la loi du 3 mars 1822 charge les membres des autorités sanitaires de remplir dans ces maisons les *fonctions d'officiers de l'état civil,* et de dresser en présence de deux témoins, les *actes de naissance et de décès,* dont une expédition est ensuite adressée à l'officier de l'état civil de la commune, qui n'a qu'à la transcrire sur ces registres.

81. — Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée.

I. — 270. Les premières lignes de cet article, servilement copiées dans l'ordonnance de 1736, présentent un vice de rédaction d'autant moins dangereux qu'il est plus grossier. Leur sens bien évident est : quand des signes ou indices feront présumer *qu'il y a eu mort violente,* ou que d'autres circonstances donneront lieu de soupçonner *qu'il y a eu mort violente.* La rédaction se rétablirait si, au lieu du pronom masculin *le,* qui ne peut logiquement se rapporter qu'à toute la proposition précédente, on mettait le pronom *la,* qui se rapporterait aux mots *mort violente.*

82. — L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera décédée, tous les renseignements énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

L'officier de l'état civil en enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu : cette expédition sera inscrite sur les registres.

83. — Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignements énoncés en l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé.

84. — En cas de décès dans les prisons ou maisons de réclusion et de détention, il en sera donné avis sur-le-champ, par les concierges ou gardiens, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera, comme il est dit en l'article 80, et rédigera l'acte de décès.

271. Dans les cas de ces deux derniers articles, la loi n'exige pas explicitement qu'une expédition de l'acte de décès soit envoyée à l'officier de l'état civil du domicile; mais l'esprit du législateur, sur ce point, apparaît assez clairement par les art. 80 et 82, pour qu'on puisse affirmer sans crainte que cet envoi doit également avoir lieu.

C'est aussi, bien certainement, entrer dans l'esprit de la loi, manifesté par l'art. 78, que de dire que dans les différents cas des art. 80, 82, 83 et 84, l'acte doit être dressé en présence de deux témoins; c'est là une règle générale que l'art. 78, qui domine toute cette matière, porte évidemment pour le chapitre entier.

Mais, comme on le voit par le texte même, dans les cas prévus aux art. 82 et 83, l'officier de l'état civil n'est pas obligé de se déplacer, parce que là le décès lui est attesté par un officier public (dans le premier cas, l'officier de police; dans le deuxième, le greffier); de sorte qu'il n'a pas besoin de s'en assurer par lui-même, comme dans les cas ordinaires.

Enfin, il est encore une circonstance omise par notre article, et qu'il faut suppléer par analogie des articles précédents, c'est le délai dans lequel l'avis doit être donné par les gardiens. La loi dit *sur-le-champ,* mais elle n'indique pas le point fatal avant lequel l'avis doit être donné; ici encore, le délai, évidemment, sera de vingt-quatre heures, comme dans le cas de l'art. 80, qui prévoit une circonstance semblable, et auquel notre article lui-même fait un renvoi.

272. Faudra-t-il suppléer aussi, par l'analogie, l'obligation imposée dans l'art. 80, pour les maisons publiques, et non reproduite ici pour les prisons, de tenir un registre destiné à recevoir les renseignements relatifs aux décès arrivés dans la maison? Il nous paraît certain que non : pourquoi, en effet, la loi, après avoir posé, dans l'art. 80, une règle générale pour les décès dans toutes maisons publiques, nous donne-t-elle un article à part pour le décès dans les prisons? Assurément, elle prouve assez par là qu'elle veut mettre une différence entre le décès dans les prisons et le décès dans les autres maisons publiques. Or, cette différence ne peut être que celle dont nous parlons ici; car on ne voit pas l'apparence d'un motif pour rejeter ici les autres règles de l'art. 80. L'article suivant, d'ailleurs, nous fait saisir d'une manière palpable, cette pensée de la loi. Cet article, en effet, défend formelle-

ment que l'acte de décès d'un individu mort en prison fasse mention de cette circonstance; on devra dire seulement que l'individu est mort dans telle ville, telle rue, tel numéro. Or, à quoi servirait et que signifierait cette précaution, si l'on devait, dans chaque prison, tenir un registre destiné à recueillir et perpétuer tous les noms de ceux qui sont morts dans cette prison?

85. — Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par l'article 79.

273. La mention des circonstances dont il s'agit étant expressément défendue par la loi, les parties intéressées pourraient, si elle avait eu lieu, la faire disparaître au moyen d'un jugement de rectification, conformément à l'art. 99, et les frais de ce jugement retomberaient à la charge de l'officier de l'état civil, puisque c'est par sa faute qu'il serait nécessité.

86. — En cas de décès pendant un voyage de mer, il en sera dressé acte dans les vingt-quatre heures, en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments de l'Etat, par l'officier d'administration de la marine; et sur les bâtiments appartenant à un négociant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de décès sera inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

87. — Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, qui auront rédigé des actes de décès, seront tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'article 60.

A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime; il enverra une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres.

SOMMAIRE.

I. Renvoi aux art. 60 et 61. Il reste à voir trois cas extraordinaires de décès, desquels le Code ne parle pas, et qu'il faut ajouter aux cinq cas déjà prévus.
II. Sixième cas : Enfant présenté sans vie à l'officier de l'état civil. Décret du 4 juillet 1806.
III. Septième cas : Décès dans les travaux des mines, avec impossibilité de retrouver les cadavres. Décret du 3 janvier 1813.
IV. Huitième cas : Décès dans un incendie ou une inondation, avec impossibilité encore de retrouver le cadavre. Il faut, par analogie, appliquer ici le même décret de 1813, et non les règles de l'absence.

I. — 274. Il nous suffit, pour l'explication de ces deux derniers articles, de renvoyer à ce qui a été dit sur les art. 60 et 61.

Nous venons de voir, dans les cinq art. 80, 81, 83, 84 et 86, cinq cas extraordinaires de décès, formellement prévus par le Code ; il nous reste à voir trois autres cas, dont deux ont été l'objet de décrets que nous allons faire connaître. Le troisième n'a été prévu par aucune disposition législative.

II. — 275. Le sixième cas extraordinaire de décès (le premier des trois non prévus par le Code) est celui d'un enfant mort avant que sa naissance ait été enregistrée. Ce cas a été prévu par un décret du 4 juillet 1806, qui défend à l'officier de l'état civil d'exprimer que cet enfant *est décédé ;* car ce serait préjuger la question, souvent très-importante, de savoir s'il y a eu vie ou non, question qui ne doit être décidée que par les tribunaux. L'officier doit seulement exprimer que l'enfant lui a été présenté *sans vie,* et recevoir les déclarations des témoins sur les prénoms, noms, qualités et demeure des père et mère, et sur l'époque précise de la naissance. Cet acte est inscrit à sa date, sur les registres des décès et remplace l'acte de décès (1).

III. — 276. Le septième cas extraordinaire de décès est celui où, des ouvriers employés aux mines ayant péri dans leurs travaux, il sera impossible de parvenir au lieu où se trouvent leurs corps. Ce cas a été prévu par l'art. 19 du décret du 3 janvier 1813, qui ordonne aux directeurs de faire dresser alors un procès-verbal par le maire, ou autre officier public, qui le transmettra au procureur de la République. Celui-ci, sur l'autorisation du tribunal, le fera annexer au registre des décès.

IV. — 277. Un huitième et dernier cas est celui où des individus seraient consumés dans un incendie, ou engloutis dans les flots sans qu'on pût retrouver leurs cadavres. Quelques auteurs, dont nous avons vraiment peine à concevoir l'idée, veulent qu'on suive, dans ce cas, les règles de l'absence.

D'après les dispositions portées par le Code civil, au titre des Absents, lorsqu'un individu a disparu tout à coup, sans qu'on sache ce qu'il est devenu, ou lorsque étant d'abord parti pour un but connu de ses parents ou amis, il a tout à coup cessé de donner de ses nouvelles, sans qu'on puisse s'expliquer son silence, il y a lieu, dès lors, à faire pourvoir par le tribunal à l'administration de ses biens. Puis, lorsque cet état d'incertitude a duré cinq ans, l'individu peut être déclaré *absent* par jugement. Par l'effet de cette déclaration, la succession de l'absent est réputée ouverte, et ses héritiers présomptifs peuvent se faire envoyer provisoirement en possession de ses biens, sauf à les lui

(1) L'enfant mort-né doit, à quelque époque que la gestation soit parvenue et alors d'ailleurs qu'il offre les formes d'un être humain, être présenté à l'officier de l'état civil, qui demeure seul juge de la question de savoir s'il y a lieu de procéder à la rédaction d'un acte de décès et à l'inhumation aux lieux déterminés par l'autorité publique. Paris, 15 fév. 1865 (Dev., 66, 2, 95). Voy. aussi Cass., 2 sept. 1843 (Dev., 43, 1, 801); Besançon, 31 déc. 1844 (Dev., 45, 2, 595).

rendre s'il reparaît. S'il s'écoule de nouveau trente ans sans qu'on ait de ses nouvelles, les héritiers présomptifs peuvent faire prononcer l'envoi définitif en possession, dont l'effet est de leur permettre tous actes d'aliénation; en telle sorte que si, après cet envoi définitif, l'absent reparaît, il reprendra, il est vrai, ses biens, mais dans l'état où ils se trouveront; que s'il ne reparaît pas, ses héritiers en restent propriétaires.

Telles sont les dispositions que certains auteurs voudraient qu'on appliquât au cas qui nous occupe. Mais vraiment quel rapport y a-t-il donc entre le cas où un individu disparaît sans qu'on puisse dire ce qu'il est devenu, et celui où il est victime d'un accident dans lequel tout le monde sait qu'il a perdu la vie?

Il est évident pour tous qu'il y a analogie parfaite entre ce cas et celui d'ouvriers qui ont péri dans les mines, sans qu'on puisse retrouver leur corps, et que, par conséquent, il faudrait appliquer ici les dispositions du décret du 3 janvier 1813, cité au numéro précédent (1). Seulement, aucun texte législatif n'existant, dans ce cas, pour imposer à tels ou tels l'obligation d'agir, comme le fait le décret de 1813, pour le cas de décès dans les mines, ce sera aux parties intéressées à provoquer elles-mêmes les enquêtes nécessaires.

278. Il est inutile de faire observer que, si les circonstances étaient telles qu'il restât des doutes sur la mort, le tribunal ne devrait, ni dans ce cas de travaux aux mines, ni dans tous autres, autoriser l'annexe du procès-verbal au registre des décès.

CHAPITRE V

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DE LA RÉPUBLIQUE.

88. — Les actes de l'état civil faits hors du territoire de la République, concernant les militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf les exceptions contenues dans les articles suivants.

SOMMAIRE.

I. Nécessité de dispositions spéciales pour le cas de notre chapitre.
II. Portée des dispositions de ce chapitre. — Règles et limites de la compétence des officiers de l'état civil de l'armée et des officiers du pays étranger. — Dissentiment avec Merlin.
III. Suite de la même théorie. Comment il faut entendre ces mots : 1° *lieux occupés par l'armée; 2° personnes attachées à l'armée.*
IV. Les règles de ce chapitre s'appliquent, même sur notre territoire, aux militaires qui sont dans l'impossibilité de recourir aux officiers de l'état civil ordinaire.

I. — 279. On ne pouvait pas, au milieu des embarras d'une armée en campagne, exiger, pour la rédaction des actes de l'état civil, toutes

(1) Demolombe (I, p. 509).

les formalités dont l'accomplissement est demandé dans les cas ordinaires. On ne pouvait pas, non plus, envoyer ceux qui composent cette armée faire rédiger leurs actes devant les officiers du pays; ce n'est pas dans un temps de guerre, et quand les troupes ennemies envahissent une province, que les officiers publics du pays seront prêts à offrir leur ministère aux soldats étrangers, lesquels, de leur côté, seraient souvent dans l'impossibilité de venir recourir à eux.

Il a donc fallu se départir ici des règles ordinaires et poser quelques exceptions aux dispositions précédemment tracées. Du reste, comme on le voit, les dispositions de notre chapitre ne sont que des exceptions apportées à des règles qui continuent d'avoir toute leur force pour ce qui n'en est pas formellement excepté.

II. — 280. C'est un point très-controversé entre les auteurs, que celui de savoir quelle est la portée exacte des règles de notre chapitre. Les uns enseignent que les actes de l'état civil des militaires en service hors du territoire doivent être reçus, exclusivement, par les officiers qui vont être désignés aux articles suivants (1); les autres pensent que les fonctionnaires du pays où l'on se trouve conservent aussi le droit de les dresser, soit absolument, comme pour tout étranger se trouvant dans leur pays, soit du moins, pour certains actes et dans certaines circonstances (2).

En examinant avec soin les principes qui résultent de la nature même des choses et en scrutant la pensée qui a présidé à la rédaction de ce chapitre, on sera conduit à une doctrine qui doit, selon nous, réunir les opinions dissidentes sur ce point.

281. Une idée bien simple, tout d'abord, c'est que le cas d'une armée pénétrant sur un territoire étranger est tout différent du cas où ce sont de simples individus qui entrent sur ce territoire. Une armée entre dans un pays étranger, non pour obéir, mais pour commander; son but est, non pas de se soumettre aux lois qu'elle y trouvera établies, mais plutôt de dicter elle-même des lois, si elle le juge à propos; de sorte que, dans les lieux qu'elle occupe, la souveraineté du pays disparaît à ses yeux et fait place à la souveraineté du pouvoir qui l'envoie; le point qu'elle occupe, à ses yeux c'est la France. C'est là ce que demande la force des choses, et, quoi qu'en aient dit quelques auteurs, c'est là aussi, *très-certainement,* la pensée qui a créé notre chapitre V, et qui doit, par conséquent, nous diriger dans son explication.

Dans la séance du Conseil d'État du 14 fructidor an 9, le Premier Consul s'étant plaint de ce que la section de législation ne s'était point occupée de l'état civil des militaires en campagne, M. Thibaudeau lui répondit qu'il y était pourvu par l'art. 47, qui déclare valables les actes faits en pays étranger dans les formes qui y sont usitées. « Le militaire, » reprit le Premier Consul, n'est jamais chez l'étranger quand il est » sous le drapeau : *où est le drapeau, là est la France.* Il faut une loi

(1) Merlin (*Rép.*, vº État civ., § 3); Duranton (I, 232); Zachariæ (I, p. 140); Valette (I, p. 234).
(2) Coin-Delisle (nº 5); Richelot (I, 194); Demolombe (I, 315).

» sur les naissances, les mariages et les décès à l'armée. » (Fenet, t. VIII, p. 47.) C'est par suite de cette idée, qui parut étrange d'abord, mais qui fut ensuite accueillie avec enthousiasme, tant au Tribunat qu'au Corps législatif, que fut rédigé le chapitre dont nous commençons l'explication.

Donc, un premier point bien constant, c'est que, pour les individus appartenant à l'armée (car il n'est question que de ceux-là), tous les lieux qu'occupera successivement cette armée se trouveront, en droit et juridiquement, être la France ; en sorte que, dans ces lieux et pour ces individus, il y aura compétence absolue des officiers français, compétence nulle des officiers du pays.

Compétence absolue d'un côté, compétence nulle de l'autre ; donc ces actes-là même qui concerneraient tout ensemble une personne de l'armée et une personne étrangère, y pourraient être dressés par l'officier français, et ne pourraient pas l'être par l'officier du pays. Ainsi, soit une ambulance française ou un hôpital que l'armée s'est approprié dans une ville dont elle est maîtresse, le mariage *in extremis* que l'on veut y célébrer entre un militaire mourant et une femme du pays, sera valable, s'il est reçu par l'officier français, nul, s'il est reçu par l'officier du pays. Il est valable, reçu par l'officier français, parce que la femme étrangère, en venant ainsi dans le pays *légal* de son futur époux, entre *légalement* en France ; il serait nul, reçu par l'officier du pays, parce que des principes que demande l'honneur national, qu'entraîne la force même des circonstances, et que notre Code consacre ici, ne permettent pas qu'un seul acte d'autorité soit fait, dans ce lieu, par la souveraineté du pays, vis-à-vis de personnes appartenant à l'armée.

Tenons donc pour certaine cette première proposition, que, dans les lieux spécialement occupés par l'armée française, il ne peut être dressé par un officier du pays étranger aucun acte concernant l'état civil des personnes de l'armée, soit exclusivement, soit même pour partie, par exemple, dans le cas de mariage entre une personne de l'armée et une personne du pays.

282. Mais cette compétence de l'officier étranger, qui se trouve nulle par la réunion des deux circonstances qu'on vient d'indiquer, serait-elle nulle également par une seule de ces deux circonstances? Ainsi, l'officier étranger serait-il incompétent par cela seul que l'acte doit être reçu dans un lieu occupé par l'armée française, alors même que cet acte serait exclusivement relatif à une personne du pays? Serait-il incompétent encore par cela seul que l'acte serait relatif à une personne de l'armée, alors même qu'il devrait être reçu ailleurs que dans le lieu occupé par cette armée? Il faut résoudre la première question par la négative, et la seconde par une distinction.

Non, l'acte ne serait pas nul, quoique reçu, par exemple, dans un hospice soumis à l'administration de l'armée, s'il concernait exclusivement des personnes du pays ; par exemple, si c'était un blessé étranger qu'on y aurait accueilli, et qu'il s'agirait de marier, à son lit de mort, avec une femme du pays également ; ou qui y serait mort, et

dont il s'agirait de dresser l'acte de décès. L'officier étranger serait alors compétent, malgré l'occupation française, si complète et entière qu'elle fût; il serait compétent comme l'est en France un agent diplomatique étranger pour les citoyens de son pays, parce que si l'occupation fait cesser la compétence territoriale, elle n'enlève pas, on le conçoit, la compétence personnelle (voy. l'explicat. de l'art. 48).

Quant à la seconde question, celle de savoir si l'officier du pays peut recevoir, dans un lieu non occupé par l'armée, l'acte concernant un individu dans cette armée, il faut distinguer : si l'acte concerne le Français exclusivement, l'officier du pays serait incompétent; ainsi, qu'un militaire meure dans un camp, il y aura, non pas simple faculté, mais obligation que son acte de décès soit reçu, dans ce camp, par l'officier français; il ne pourrait pas l'être au village voisin par l'officier de ce village. Le Français sous le drapeau est en France, il ne peut pas, évidemment, quitter cette France pour aller faire dresser un acte d'état civil à l'étranger; si la loi lui a créé pour ce cas des officiers spéciaux, c'est que l'honneur national ne permettait pas qu'il allât solliciter l'obligeance et reconnaître sa dépendance d'un fonctionnaire d'un pays ennemi. Mais s'il s'agissait, au contraire, d'un acte concernant tout à la fois un Français et un étranger, par exemple, d'un mariage entre un militaire de l'armée et une femme du pays, rien ne s'opposerait à ce que ce mariage fût célébré, au choix des parties, ou par l'officier français, ou par l'officier du pays, et nous avons peine à concevoir que Merlin ait pu soutenir le contraire. Sans doute, Merlin a raison de proclamer que le Français sous les drapeaux est en France, et nous nous garderons bien de nier ce principe ou d'en méconnaître les conséquences, comme l'ont fait d'autres auteurs; mais un Français ne peut-il pas sortir de France pour aller se marier à l'étranger? Ici l'honneur national n'est plus un obstacle, comme quand il s'agit d'un acte exclusif au Français : ici, il faut bien que l'une des parties renonce à son magistrat naturel, pour aller se marier devant le magistrat de l'autre, et pourquoi serait-ce plutôt telle des parties que l'autre? Il n'y en a aucune raison, que la libre volonté de ces parties. Merlin appuie aussi sa décision sur ce que notre doctrine donnerait lieu de craindre que le projet de mariage du militaire et le mariage lui-même ne fussent pas assez connus en France, et qu'ainsi la bigamie ne devînt facile. Mais cette objection nous paraît d'une insignifiance complète. En effet, les publications ordinaires au domicile réel en France, et celles de vingt-cinq jours à l'armée ordonnées par l'art. 94, devront également avoir lieu dans le cas dont il s'agit, puisque, d'après l'art 170, le mariage contracté en pays étranger, entre Français et étrangers, n'est valable qu'autant qu'il a été précédé des publications exigées par la loi française. La publicité serait donc *identiquement* la même pour le mariage contracté devant l'officier du pays, que pour celui célébré par l'officier de l'armée.

283. En un mot, et pour donner une comparaison qui présente tout ensemble et le résumé de notre doctrine et sa dernière justification,

nous disons, en posant le principe incontestable invoqué par Merlin, mais pour en tirer des conséquences logiques, au lieu de celles étrangement inexactes que ce jurisconsulte en a déduites : Le pays occupé par l'armée française, c'est la France, pour tous les individus appartenant à cette armée; tous ces individus ont là leur domicile comme dans une commune française, et l'officier de l'état civil de l'armée est leur officier naturel et exclusif; il faut donc dire dans ce cas, ni plus ni moins, ce qu'on dit dans le cas ordinaire de Français domiciliés dans une commune du territoire de la patrie.

Or, en France, 1° un officier d'état civil étranger ne peut jamais recevoir un acte concernant un Français, exclusivement ou pour partie; donc, dans le lieu occupé par l'armée, l'officier du pays ne pourra jamais recevoir cet acte; — 2° un officier étranger, accrédité en France, y peut recevoir les actes exclusivement relatifs aux personnes de son pays; donc, même dans le lieu soumis à l'occupation la plus complète d'une armée française, l'officier du pays pourra recevoir les actes des habitants du pays; — 3° dans les cas ordinaires, le Français ne peut pas quitter la France pour aller faire dresser en pays étranger un acte qui lui est exclusivement relatif: par exemple, l'habitant de Strasbourg ne pourrait pas traverser le Rhin pour faire constater dans une commune allemande le décès de sa femme, ou la naissance d'un enfant, qui ont eu lieu à Strasbourg, et l'officier allemand ne serait compétent que pour les faits accomplis sur son territoire; donc, à l'armée, on ne peut pas quitter le lieu occupé par l'armée, pour faire dresser dans un lieu voisin, par l'officier du lieu, un acte entièrement relatif à une personne de l'armée; on ne pourrait s'adresser à cet officier du pays que pour les actes de personnes n'appartenant pas actuellement à l'armée; 4° au contraire, quand l'acte concerne en même temps un Français et une personne étrangère : ainsi pour le mariage, le Français, même domicilié en France, peut sortir de France pour aller faire recevoir cet acte dans le pays de l'autre partie, par l'officier de ce pays; donc, un Français, quoique appartenant à l'armée, pourra quitter le lieu occupé par elle pour aller se marier devant l'officier de la personne qu'il épouse.

III. — 284. Il nous reste à présenter sur cette compétence, à l'armée, des officiers français et des officiers du pays, une observation sans laquelle on pourrait appliquer mal les principes que nous venons d'exposer. Cette observation a pour but de faire comprendre le sens restreint dans lequel il faut prendre, ici, ces expressions : 1° *lieux occupés par l'armée;* 2° *individus appartenant à l'armée.*

Et d'abord, dans le langage habituel, on dit qu'un lieu est occupé par une armée quand cette armée s'y est assise, qu'elle y commande et en est maîtresse. Ainsi, quand une armée de quarante mille hommes s'est campée entre trois ou quatre villages, dans lesquels elle a mis une garnison et qui ne peuvent avoir ni les moyens ni la pensée de lui résister, on peut bien dire que ces quelques villages *sont occupés* par elle; ainsi encore, quand une armée est venue s'établir dans une ville d'où

son trop-plein reflue sur les campagnes d'alentour, il est bien clair que, dans le langage ordinaire, cette armée *occupe* la ville entière et les villages circonvoisins. Mais est-ce bien là l'occupation telle que nous devons l'entendre ici; est-ce là cette occupation par l'effet de laquelle le point occupé devient la France, et faudra-t-il dire que, dans cette ville et les villages environnants, aucun officier du pays ne pourrait célébrer le mariage d'une personne de l'armée avec une personne du pays? Évidemment non; cette occupation, à effets si rigoureux, ne peut pas, par la nature même des choses, et n'a pas dû, dans la pensée du législateur, s'entendre d'une manière si large et embrasser tous les points où se trouvent des militaires français. La nature des choses, les faits, la pensée des rédacteurs de notre chapitre, tout nous dit que, dans ce cas, la ville elle-même n'est pas *exclusivement* occupée par l'armée, et n'est pas, dès lors, exclusivement française; l'armée française, en s'y établissant, n'a pas posé à la municipalité des fonctionnaires français chargés de dresser tous les actes d'état civil de la cité; les fonctionnaires du pays doivent continuer leur mission; donc, la ville est encore allemande, italienne ou espagnole. Supposons-nous à Rome : eh bien! Rome est en même temps italienne et française; italienne pour les habitants, qui continuent d'avoir leurs officiers nationaux; française pour les individus de l'armée, qui y ont leurs officiers propres. C'est pour quelques points seulement qu'il y a occupation rigoureuse et exclusive; ainsi l'hôtel où est fixé le quartier général, ainsi l'hospice que l'armée s'est approprié, etc. Chacun de ces points est français, tout français, français même par rapport aux habitants du pays, et c'est là que l'officier italien ne pourrait pas venir célébrer le mariage d'un Français avec une femme de la ville. Le reste de la ville n'est français que quant aux Français, et si ceux-ci ne peuvent pas faire dresser par l'officier italien les actes qui ne concernent qu'eux, ils peuvent très-bien aller se marier devant lui avec une femme soit italienne, soit de toute autre nation, parce qu'alors, *ils passent*, pour ainsi dire, de Rome française dans Rome italienne. Bien entendu, ce mariage, entre le Français et la femme étrangère appartenant à une nation quelconque, pourrait également être célébré devant l'officier de l'armée. Dans le premier cas, le mariage se fait en Italie; dans le second, il est réputé fait en France; dans les deux cas, il y a pour celle des parties qui n'est pas devant son officier naturel, compétence territoriale et application à la règle *Locus regit actum*.

On ne s'étonnera pas sans doute de cet état amphibie d'une ville; on voit assez qu'il est la conséquence forcée des circonstances anormales dans lesquelles cette ville se trouve placée.

285. Au reste, les résultats auxquels nous voici parvenu par cette déduction de principes, se trouvent consacrés par la jurisprudence des tribunaux. Plusieurs arrêts, notamment un de la Cour de Paris du 8 juillet 1820, et un de la Cour de cassation du 23 juillet 1826, décident que le mariage contracté, dans un pays occupé par l'armée, entre un individu de l'armée et une femme du pays, devant l'officier de ce

pays est valable; réciproquement, un arrêt de la Cour suprême, du 17 août 1815, a jugé qu'un officier espagnol n'avait pas pu délivrer régulièrement l'acte de décès d'un militaire mort en Espagne, dans un hospice soumis à un officier de l'armée française.

Ces arrêts, on le voit, ne sont que l'application de la théorie que nous avons présentée, et s'ils n'avaient pas été mal motivés en droit, comme il arrive souvent; s'ils avaient raisonné leurs décisions, en les appuyant, comme nous avons essayé de le faire, sur l'analyse exacte de principes incontestables, on n'aurait pas vu les auteurs argumenter des uns pour critiquer les autres, en les prétendant contradictoires entre eux; on n'aurait pas vu un jurisconsulte aussi célèbre que Merlin s'emparer du plus ancien de ces arrêts (celui qui déclare irrégulier l'acte de décès d'un militaire dressé par un officier espagnol), pour étayer son erreur, si importante, de la nullité des mariages contractés devant l'officier du pays par un Français et une étrangère. C'était donc pour nous un devoir d'entrer dans les développements que nous venons de donner et que nous allons terminer enfin, en examinant ce qu'il faut entendre par *individus appartenant à l'armée.*

286. Comme on l'a dit déjà, ce n'est pas pour tous les Français se trouvant en pays étranger que sont faites les règles spéciales de notre chapitre; c'est uniquement pour ceux faisant partie d'une armée, soit comme militaires, soit à tout autre titre.

Ainsi d'abord, les Français qui se trouvent résidents ou domiciliés dans un pays étranger, où arrive une armée française, n'en conservent pas moins la faculté de faire dresser leurs actes d'état civil, d'après le droit commun, par les officiers du pays, en vertu de la règle *Locus regit actum,* comme le veut l'art. 47.

Ainsi encore, ceux qui, entrés d'abord sur le territoire étranger comme appartenant à l'armée, soit en qualité de militaires, soit comme employés quelconques, cesseraient ensuite d'en faire partie; par exemple, un fournisseur de vivres qui se retirerait, un administrateur quelconque à qui un ministre ou un autre supérieur reprendrait sa commission; des domestiques, des vivandières, qui abandonneraient bénévolement leur emploi ou que l'on chasserait, ceux-là retomberaient aussi dans le droit commun. Ceux enfin qui, en droit, appartiendraient encore à l'armée, mais qui, par le fait, n'en feraient pas partie actuellement; par exemple, ceux qui seraient faits prisonniers, ou ceux qui, oubliés ou laissés pour morts dans un pays, sont maintenant loin de l'armée; tous ceux, en un mot, qui se trouvent séparés de leurs corps, restent également sous le droit commun; parce que, tant qu'ils n'auront pas rejoint les drapeaux, ils ne sont plus là comme membres d'une puissance qui commande et fait acte de souveraineté, mais bien comme de simples particuliers.

Ce point a été décidé spécialement pour le décès des prisonniers de guerre, par une instruction ministérielle du 24 brumaire an 12. Il y est dit, sous la rubrique *Instructions générales,* art. 2 : « Quant aux » militaires qui mourraient prisonniers de guerre, les actes en seront

» rédigés dans les formes usitées dans le pays où ils viendraient à » décéder. *Comme ils se trouvent alors éloignés de leurs drapeaux,* » l'art. 47 leur est applicable sous tous les rapports. » Comme on le voit, le principe que nous avons posé et qui se trouve ainsi rappelé dans cette instruction, demande qu'on applique cette décision à bien d'autres cas que celui prévu par l'article cité de l'instruction ministérielle.

IV. — 287. Quoique notre article, ainsi que la rubrique de notre chapitre, ne parlent que des militaires *hors de la République,* il n'est pas douteux que les exceptions consacrées ici ne doivent s'appliquer également aux militaires qui, bien qu'en France, seraient pourtant dans l'impossibilité de communiquer avec les autorités civiles, parce qu'ils se trouveraient, par suite d'une invasion de l'étranger ou d'une révolte, assiégés dans une citadelle, cernés par des troupes ennemies, etc. Dans ce cas, en effet, la raison qui a fait porter ces exceptions existe. Nous trouvons d'ailleurs la preuve que tel est bien l'esprit du législateur, dans l'art. 10 de la loi du 13 janvier 1817. Cet article dit : « Feront preuve en justice, les registres tenus conformément aux ar- » ticles 88 et suivants du Code civil, bien que les militaires *soient dé-* » *cédés sur le territoire français,* s'ils faisaient partie des corps ou » détachements d'une armée active, ou *de la garnison d'une ville as-* » *siégée.* »

Mais il en est autrement pour les militaires qui, bien qu'en activité de service, se trouvent, en France, dans les circonstances ordinaires; ils doivent alors suivre les règles tracées dans les chapitres précédents. C'est ce qui a été décidé par un avis du Conseil d'État, du 4e jour complémentaire an 13.

89. — Le quartier-maître dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions d'officiers de l'état civil : ces mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée ou au corps d'armée.

288. Les inspecteurs aux revues sont depuis longtemps remplacés par les intendants et sous-intendants militaires (ord. du 20 juillet 1817). C'est par ceux-ci que sont tenus tous les registres de l'état civil pour tous les individus de l'armée n'appartenant point à un corps.

Quant aux officiers et soldats appartenant à un corps, les registres sont tenus, dans chaque escadron ou bataillon, par le quartier-maître. Un arrêté du 1er vendémiaire an 12 avait transporté aux majors cette fonction des quartiers-maîtres; mais elle a été restituée à ceux-ci par le décret du 25 germinal an 13. Dans les petits corps de moins d'un bataillon ou escadron, comme il n'y a pas de quartier-

maître, c'est, d'après notre article, le capitaine de la compagnie unique ou celui des capitaines chargé de commander le détachement qui devrait remplir la fonction d'officier de l'état civil; mais, dans le fait, et d'après une instruction ministérielle du 8 mars 1823, cette fonction est remplie par l'officier chargé des attributions analogues à celles du quartier-maître, c'est-à-dire par le trésorier ou officier payeur du corps. Cette modification a le double avantage de confier la tenue du registre à un officier d'administration et non à un chef purement militaire, puis de faire disparaître l'inconvénient qui va être signalé par l'art. 91.

90. — Il sera tenu, dans chaque corps de troupes, un registre pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre à l'état-major de l'armée ou d'un corps d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans troupes et aux employés : ces registres seront conservés de la même manière que les autres registres des corps et des états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire de la République.

91. — Les registres seront cotés et parafés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande; et, à l'état-major, par le chef de l'état-major général.

289. En rapprochant cet article de l'art. 89, on arrive, dans un cas, à un résultat assez bizarre, et que le législateur, sans doute, n'a pas prévu. En effet, dans les détachements composés seulement d'une ou plusieurs compagnies, et qui ne vont pas jusqu'à un bataillon ou escadron, c'est, d'après l'art. 89, *le capitaine chargé du commandement* qui devrait tenir les registres; or, d'après notre article, c'est lui aussi qui sera chargé de les coter et parafer, en sorte que, dans ce cas, le même officier serait chargé de se contrôler lui-même. L'instruction ministérielle de 1823 a fait disparaître cet inconvénient.

92. — Les déclarations de naissance à l'armée seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement.

290. On comprend facilement que les embarras de la guerre et les occupations multipliées des officiers chargés de recevoir la déclaration aient dû faire accorder un délai plus considérable que dans les cas ordinaires; aussi, notre article donne-t-il dix jours, tandis que, d'après l'art. 55, la déclaration de naissance doit ordinairement être faite dans les trois jours.

93. — L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil devra, dans les dix jours qui suivront l'inscription d'un acte de naissance audit registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier

domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu.

94. — Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées, seront faites au lieu de leur dernier domicile : elles seront mises en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes, et pour les employés qui en font partie.

291. La loi est ici plus rigoureuse que dans les cas ordinaires; car, d'après les art. 63 et 64, le mariage peut être célébré le onzième jour après la première publication, tandis que dans notre article, èn outre des publications ordinaires au dernier domicile, des publications doivent encore être faites, à l'ordre du jour, *pendant vingt-cinq jours*.

C'était surtout à l'égard des militaires qu'il fallait veiller, par une plus grande publicité, à empêcher le crime de bigamie.

95. — Immédiatement après l'inscription sur le registre, de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux.

292. Les art. 93 et 96 donnent dix jours de délai pour envoyer l'extrait de l'acte de naissance et de décès, tandis que notre article veut que l'extrait de l'acte de mariage soit envoyé *immédiatement* après l'inscription. Cette différence tient à la plus grande importance de l'acte, qui doit être de suite soustrait aux hasards de la guerre, toujours par crainte de la bigamie.

96. — Les actes de décès seront dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître; et pour les officiers sans troupes et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces registres sera envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

293. Il faut compléter la première disposition de notre article, laquelle, du reste, ne fait que répéter ce qu'avait déjà dit l'art. 89, par la disposition analogue de cet art. 86, et dire que dans les corps de moins d'un bataillon, les actes de décès, comme ceux de naissance et de mariage, seront dressés par le trésorier ou officier payeur.

Notre article exige un témoin de plus que dans les cas ordinaires, car l'art. 78 n'en demande que deux. Ce n'est pas trop de trois témoins dans le cas de guerre, où il peut arriver si souvent qu'un homme soit cru mort, quand il est seulement atteint d'une blessure dont il guérira peut-être.

97. — En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulants ou

sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

294. Ajoutons encore ici, au milieu de l'article : « ou à l'officier payeur, dans les corps de moins d'un bataillon ou escadron. »

On voit que, pour les décès arrivés dans les hôpitaux, ce sont les directeurs de ces établissements qui sont officiers de l'état civil, et non plus les quartiers-maîtres et intendants militaires. Du reste, ce n'est pas l'acte qui sera envoyé aux officiers payeurs ou aux intendants, comme l'article le dit à tort; c'est une expédition. L'acte, lui, sera dressé sur un registre; les actes de l'état civil ne doivent jamais se rédiger sur des feuilles volantes.

D'après l'instruction du ministre de la guerre, du 8 mars 1823, une double expédition de ces registres doit être adressée, tous les mois, à l'intendant militaire, qui les fait passer au ministre.

98. — L'officier de l'état civil du domicile des parties auquel il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'état civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres.

OBSERVATION

295. Avant de laisser ce chapitre, nous devons relever ici une erreur d'autant plus à craindre, qu'elle a été officiellement proclamée.

L'instruction ministérielle précitée, du 8 mars 1823, déclare qu'à l'armée, les reconnaissances d'enfants naturels ne peuvent être reçues que dans l'acte de naissance de l'enfant, ou dans l'acte de mariage des père et mère. Rien n'est plus faux. Les officiers de l'état civil de l'armée ont les mêmes droits et les mêmes devoirs que les officiers ordinaires, excepté pour ce qui est formellement modifié par notre chapitre. Or, c'est pour l'officier de l'état civil un droit et un devoir sacré, de recevoir les reconnaissances d'enfant à quelque époque qu'elles soient faites, et aussi bien dans des actes exprès et séparés que dans des actes de naissance ou de mariage. Et pourquoi donc serait-il défendu, par exemple, à un militaire qui serait sur le point de mourir, d'accomplir un devoir de conscience, en donnant son nom à l'enfant naturel qu'il a laissé en France avec sa mère? En tous cas, et alors même qu'on ferait voir que cette défense serait très-utile et très-morale, toujours est-il qu'elle n'existe pas dans la loi; que, dès lors, l'instruction ministérielle qui la pose est une violation flagrante de cette loi, et que les officiers de l'état civil se rendraient coupables en obéissant à de pareilles inscriptions.

Il en serait ainsi, alors même que ce point aurait été réglé par une ordonnance royale, puisqu'une ordonnance royale n'est obligatoire qu'autant qu'elle est rendue en conformité de la loi, ainsi qu'on l'a vu sous l'art. 1er, n° IV.

M. Demolombe (I, 314 C.) se joint à nous pour déclarer contraire à la loi, cette disposition de l'instruction ministérielle.

CHAPITRE VI

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

99. — Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'appel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du procureur de la République. Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

I. Pourquoi aucun changement ne peut être fait à un acte de l'état civil, qu'en vertu d'un jugement.

II. Le ministère public doit intervenir pour ce changement. Pourquoi. — Mais il peut le requérir lui-même, excepté dans deux cas.

III. Le tribunal compétent pour ordonner la rectification est celui de la situation des registres. Ce point est réglé par le Code de procédure. — Erreur de Merlin. — Même quand la demande est incidente, c'est toujours le tribunal de la situation qui est compétent. Dissentiment avec la généralité des auteurs, notamment avec M. Duranton. — Quand la rectification implique un procès préalable, ce procès suit les règles ordinaires de compétence.

IV. Quand il s'agit d'un mariage, l'omission d'un des prénoms ou l'orthographe irrégulière du nom dans l'acte de naissance d'un futur ou dans l'acte de décès de ses auteurs, ne rend point indispensable une rectification régulière. On y supplée, mais pour la célébration du mariage seulement, par d'autres moyens.

V. Les jugements de rectification sont toujours susceptibles d'appel. Renvoi à l'article 54.

I. — 296. Une fois rédigé, un acte de l'état civil appartient à la société tout entière, et non plus seulement aux parties qui l'ont fait dresser, lesquelles ne peuvent plus le modifier à leur gré. Aucun changement, donc, n'y peut plus être fait qu'avec publique connaissance de cause et en vertu de jugement.

II. — 297. Les individus, auxquels un acte est relatif, étant seuls intéressés à ce que tel ou tel changement y soit fait, eux seuls aussi ont, en principe, le droit de requérir ce changement et de demander le jugement qui doit le prononcer; seulement, la société étant intéressée, elle, à ce que le changement n'ait lieu qu'autant qu'il y aurait une cause légitime, le procureur de la République, mandataire de cette société, devra être appelé à donner ses conclusions. Mais il nous paraît ne pouvoir pas, *en principe,* agir lui-même pour requérir d'office la rectification; aussi, notre article dit-il simplement qu'il donnera ses conclusions.

Ce principe, toutefois, souffre exception dans deux cas :

1° Si la rectification à faire intéressait l'ordre public (1); car il est de principe que le ministère public peut agir toutes les fois que l'intérêt de la société le demande. Ainsi le procureur de la République pourrait agir d'office pour faire supprimer dans un acte une énonciation que la loi défendait d'y faire, par exemple, que tel enfant a pour mère Marie, épouse de Pierre, et pour père Paul. Ce point a été décidé, d'ailleurs, par un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an 11.

2° Lorsqu'il s'agit de la rectification d'actes relatifs à un individu qui ne peut pas agir par lui-même, vu son indigence. Ce cas est prévu par une décision ministérielle du 6 brumaire an 11.

Du reste, on pourrait dire, sous un point de vue, que dans ces deux cas, il n'y a pas précisément exception au principe, et que le ministère public agit là comme partie principale. En effet, la société, dont il est le mandataire et le représentant est, intéressée *directement* à la conservation de l'état civil des indigents, et à la suppression de ce qui est contraire à la morale publique.

III. — 298. Notre article nous dit bien que la demande en rectification devra se porter au *tribunal compétent;* mais il ne dit pas quel tribunal sera compétent dans ce cas. C'est le Code de procédure qui règle ce point, dans le titre 5 du livre 1er, deuxième partie, art. 839 à 858.

L'un des articles de ce titre, l'art. 855, indique, non pas explicitement et en termes exprès, mais d'une manière parfaitement saisissable pourtant, que le tribunal compétent est celui de la situation des registres; et Merlin, dont l'idée a été reproduite depuis par plusieurs auteurs, a commis une erreur, selon nous, quand il a dit (*Répert.*, v° Émigration) que c'est seulement la raison qui a fait admettre cette règle *en l'absence de toute loi*. Il suffit de jeter un coup d'œil sur l'ensemble de ce titre 5, pour voir que cette assertion est fort peu exacte.

En effet, ce titre, qui s'occupe *des voies à prendre pour avoir copie d'un acte ou pour le faire réformer,* débute par dire (art. 839) que le dépositaire qui refusera de délivrer copie d'un acte y sera condamné sur assignation à bref délai, donnée en vertu d'une permission du président du *tribunal de première instance*. Et de quel tribunal de première instance? La loi ne le dit pas expressément, c'est vrai; mais il

(1) Le ministère public a qualité pour demander par voie d'action la rectification des actes de l'état civil, dans toutes les circonstances intéressant l'ordre public, notamment à l'effet d'y faire supprimer une particule ou qualification nobiliaire qui y a été indûment prise. Taulier (I, p. 181); Coin-Delisle (*Actes de l'état civ.*, n° 5); Valette (p. 95 et suiv.); Chauveau sur Carré (*Quest.* 2896); Bioche (*Dict. de procéd.*, v° Actes de l'état civil, n° 41); Bertin (*Chambre du conseil*, I, n° 149, et *Droit* du 9 juill. 1860); Aubry et Rau (4e édit., t. I, p. 210); Dutruc (*Journ. min. publ.*, t. III, p. 115 et 159); Montpellier, 10 mai 1859; Orléans, 10 mars 1860; Colmar, 15 mai 1860; Nîmes, 11 juin 1860; Agen, 18 juin 1860; Metz, 31 juill. 1860; Angers, 5 déc. 1860; Orléans, 29 déc. 1860; Paris, 22 fév. 1864; Agen, 23 avril 1861; Cass., 22 janv. et 24 nov. 1862 (Dev., 60, 2, 301, 369, 599; 61, 2, 33; *J. Pal.*, 60, 486, 1190; 61, 201, 781); Besançon, 6 fév. 1866 (Dev., 66, 2, 75); Cass., 25 mars 1867 (Dev., 67, 1, 715); Paris, 3 juin 1867 (Dev., 68, 2, 191); Cass., 25 mai 1869 (Dev., 69, 1, 308).

est palpable que c'est celui de la résidence du dépositaire, c'est parce que la chose va de soi, parce qu'il était *impossible* de penser à un autre tribunal, parce qu'il eût été presque niais de l'exprimer en termes formels, que le rédacteur ne l'a pas fait.

Le titre continue en disant que la partie qui veut obtenir copie d'un acte non enregistré ou resté imparfait, doit présenter requête au président du *tribunal de première instance* (art. 841); qu'en cas de refus du dépositaire, il en sera référé au *tribunal de première instance* (art. 843); et c'est après avoir répété plusieurs fois encore les mêmes expressions, qu'il arrive à dire, dans l'art. 855, que celui qui voudra faire ordonner la rectification d'un acte de l'état civil, présentera requête au président du *tribunal de première instance*.

Évidemment, c'est du tribunal de première instance de la situation des registres que l'article entend parler. Le doute ne nous paraît pas même possible sur ce point, et nous tenons pour incontestable, quoi qu'en ait dit Merlin, que si la *raison* demande la règle que nous venons d'indiquer, la *loi* ne la demande pas moins.

299. Quoi qu'il en soit, cette règle est proclamée par tous les auteurs (1). Mais tous ne lui donnent pas la même étendue; les uns veulent qu'elle subisse plusieurs exceptions; les autres n'en admettent qu'une seule. Nous croyons, nous, qu'elle n'en doit recevoir aucune.

On enseigne généralement que la demande en rectification ne doit être portée au tribunal de la situation des registres que quand elle est *principale*, c'est-à-dire quand elle ne se rattache pas à un procès déjà existant; mais que, si elle était *incidente*, c'est-à-dire formée dans le cours et à l'occasion d'un procès déjà pendant devant un autre tribunal, ce serait ce tribunal qui devrait la juger.

M. Duranton fonde cette décision sur ce que le Code de procédure, après avoir dit dans l'art. 855, ainsi qu'on vient de voir, que la demande en rectification doit se former par requête au président du tribunal de première instance, ajoute, dans l'art. 856, que, *si les parties sont en instance, elle sera formée par acte d'avoué;* or, une demande ne peut se former par acte d'avoué que devant le tribunal où les parties plaident.

Ainsi, M. Duranton entend cet art. 856 en ce sens, que toutes les fois que les parties sont en cause *devant un tribunal quelconque,* la rectification se demandera par acte d'avoué. Mais telle n'est pas, selon nous, la signification de l'article; l'article veut dire que la demande se formera par acte d'avoué *quand les parties seront en cause devant le*

---

(1) *Sic :* Orléans, 17 mars 1860; Metz, 25 avril 1861; Paris, 6 mai 1861; Metz, 25 août 1863 (Dev., 60, 2, 301; *J. Pal.*, 60, 799; 61, 782, 786; 64, 59).

Il a été décidé que si le lieu de la naissance d'une personne est inconnu, cette personne ne peut former, même devant le tribunal du lieu de sa résidence, une demande tendant à obtenir l'insertion sur les registres de l'état civil de ce dernier lieu, d'une mention destinée à lui tenir lieu d'acte de naissance. Paris, 29 nov. 1856. *Contrà :* Paris, 14 juin 1858; Rouen, 8 déc. 1858 (Dev., 58, 1, 659; 59, 2, 235; *J. Pal.*, 59, 333, 994).

tribunal de la situation. En effet, dans ces deux art. 855 et 856, le législateur ne se propose pas de nous dire explicitement quel tribunal devra statuer sur la rectification; ce premier point, il ne le résout que virtuellement, et il le suppose suffisamment compris par soi-même; ce qu'il veut indiquer expressément, c'est seulement la *forme* à suivre, forme qui varie selon les cas, mais qui, dans la pensée des deux articles, doit être employée devant un tribunal qui, lui, ne varie pas et est toujours le même, savoir le *tribunal de la situation*. Qu'on lise ces deux articles et l'on en aura la preuve. D'après l'art. 855, *celui qui veut faire rectifier doit présenter requête au président du tribunal*. Et de quel tribunal? Évidemment, et tout le monde est ici d'accord, c'est celui de la situation. Laissons ce premier point, et continuons : *Il sera statué sur rapport,* dit l'art. 856 : *les juges ordonneront, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées seront appelées*. Quel est le tribunal devant lequel se fera le rapport dont il s'agit? Bien évidemment, celui de la situation toujours. *S'il y a lieu d'appeler les parties intéressées, la demande sera formée par exploit*... Toujours devant le même tribunal, certainement. *Elle le sera par acte d'avoué, si les parties sont déjà en instance*. En instance, où? Toujours devant le même tribunal dont parlent tous les articles antérieurs du titre.

L'argument de M. Duranton s'évanouit donc, et l'on ne saurait donner aucune raison solide de ce prétendu changement de compétence pour le cas de demande incidente. Et en effet, s'il était raisonnable, naturel, j'ai presque dit indispensable, d'attribuer au tribunal de la situation des registres une compétence spéciale pour leur rectification (parce que c'est à ce tribunal qu'est confiée la haute surveillance de ces registres, parce que c'est de lui que dépendent les officiers chargés de rédiger et conserver les actes et auxquels s'adressera l'ordre de rectifier, parce que c'est le procureur de la République de ce tribunal qui devra présider à la rectification lorsqu'on l'effectuera, parce qu'enfin le tribunal, pour statuer, pourra avoir besoin de se faire représenter les registres eux-mêmes et qu'il est du plus haut intérêt, comme nous l'avons vu sous l'art. 45, de ne pas faire promener ces registres d'un bout de la France à l'autre), est-ce que ces raisons ne sont pas identiquement les mêmes, dans le cas d'une demande incidente, que dans le cas d'une demande principale?

300. Ainsi, selon nous, le tribunal de la situation des registres est seul et exclusivement compétent pour connaître des demandes en rectification; mais, bien entendu, pour que cette compétence existe, il faut qu'il s'agisse vraiment et uniquement de *demandes en rectification* et non pas de *réclamations d'état*. Une procédure de rectification d'acte et une instance sur une question d'état ne sont pas chose identique. Sans doute elles peuvent se présenter toutes deux ensemble, mais chacune d'elles peut aussi se présenter sans l'autre. Je puis avoir à faire rectifier mon acte de naissance, par exemple, pour des noms mal orthographiés, ou des prénoms changés, quoique personne ne songe à contester mon état, qui est clairement et solidement établi; récipro-

quement, je puis avoir à intenter une action en réclamation d'état, sans qu'il y ait lieu à aucune rectification. Ainsi, quand je prétends que tel acte de naissance, que je reconnais régulier en tout et partout, n'appartient pas à celui auquel on l'a appliqué jusqu'ici, mais m'appartient à moi, j'intente une action en réclamation d'état, et il est clair qu'il n'y a lieu à aucune rectification d'acte. Il y a d'ailleurs cette différence bien saisissable, que la réclamation d'état constitue un *procès* et donne lieu à ce qu'on appelle une action; tandis que la demande en rectification, seule et en elle-même, suppose absence de contradiction, de procès, d'action.

Une rectification peut donc être demandée ou directement et sans procès, et alors le tribunal de la situation des registres aura seul à s'en occuper; ou bien elle peut l'être comme conséquence d'une réclamation d'état, et alors ce sera bien toujours au tribunal de la situation à l'ordonner ; mais il ne pourra le faire qu'après que le procès sur l'état sera vidé, et la réclamation admise par le tribunal compétent. Et ici, comme dans toute action personnelle, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur (1).

Du reste, les développements auxquels cette matière pourrait donner lieu, appartenant non point au Code civil, mais au Code de procédure, nous nous abstiendrons d'y entrer ici (2).

IV. — 301. D'après un avis du Conseil d'État, du 30 mars 1808, lorsqu'il s'agit seulement d'un nom mal orthographié dans l'acte de naissance d'un enfant, ou de la suppression d'un de plusieurs prénoms de ses père ou mère, il suffira, lorsque cet enfant viendra à se marier, que ses père, mère ou aïeuls, dont le consentement est requis pour son mariage, attestent l'identité. Que si les ascendants sont morts, l'identité sera valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille, et pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage.

Si c'est dans l'acte de décès des père, mère ou aïeuls, que se trouve l'omission d'une lettre ou d'un prénom, il suffira de la déclaration à serment des parties majeures et des témoins, ou s'il s'agit de mineurs, de celle des personnes dont le consentement est nécessaire au mariage.

Il ne sera donc pas nécessaire, dans ce cas, de demander une rectification; mais aussi, aucune modification ne sera faite aux registres de l'état civil, sur lesquels un changement, quelque léger qu'il soit, ne peut jamais se faire qu'en vertu d'un jugement. C'est seulement pour la célébration du mariage que les moyens indiqués ici remplaceront le jugement de rectification, lequel resterait nécessaire pour toute autre circonstance.

V. — 302. Le jugement qui statue sur une demande en rectification sera toujours rendu, d'après notre article, *sauf l'appel*. On voit que c'est là tout simplement une application du principe général posé par

---

(1) *Comp.* Cass., 8 mai 1855 (Dev., 56, 1, 743; *J. Pal.*, 56, 2, 554).

(2) Jugé qu'il n'appartient pas aux tribunaux français d'ordonner la rectification d'actes de l'état civil reçus en pays étranger. Paris, 3 mai 1864 (*J. Pal.*, 64, 475).

l'art. 54, lequel déclare qu'on pourra toujours appeler des jugements de première instance relatifs aux actes de l'état civil.

100. — Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées.

SOMMAIRE.

I. Quand les personnes intéressées ont été appelées à la rectification, elles ne peuvent attaquer le jugement que par appel ou pourvoi en cassation.
II. Lorsqu'elles n'y ont pas été appelées, elles peuvent l'attaquer par la tierce opposition, et encore provoquer un jugement contraire par une action ordinaire.
III. Quand les personnes non appelées font ainsi annuler le jugement, ou en obtiennent un contraire, le jugement conserve ses effets pour ceux qui ont été parties.
IV. On peut avoir été partie au jugement sans y avoir figuré soi-même.

I. — 303. Lorsqu'une demande en rectification est formée, il se peut qu'il n'existe aucune personne intéressée à contedire les prétentions de celui qui la forme; par exemple, si ma demande a pour but de me faire reconnaître comme enfant légitime de Pierre et de Marie, qui tous deux sont morts, sans laisser de biens ni de parents, il est clair que personne n'a intérêt à me contester la qualité que je prétends m'appartenir, et que le seul contradicteur que je pourrai avoir sera le procureur de la République, sur les conclusions duquel le tribunal statuera.

Mais il se peut aussi, et c'est ce qui arrivera le plus souvent, qu'un ou plusieurs individus aient intérêt à contester ma prétention; si, par exemple, il y a des enfants ou d'autres parents de ceux dont je me dis moi-même le fils, ils seront évidemment intéressés à ce que je ne sois pas déclaré membre d'une famille à laquelle ils soutiennent que je n'appartiens pas.

Dans ce dernier cas, c'est-à-dire quand il existera des parties intéressées à contester la prétention du réclamant, et que celui-ci ne les aura pas appelées en cause, ce sera au tribunal à voir, conformément à l'article précédent et à l'art. 856 du Code de procédure, s'il trouve nécessaire de les appeler pour jeter plus de jour sur la contestation.

Si le tribunal pense qu'il y a lieu de les appeler, le jugement sera rendu contradictoirement avec elles, et elles n'auront pour l'attaquer que les voies ordinaires d'appel et de pourvoi en cassation.

II. — 304. Mais il en sera autrement lorsque ces parties n'auront pas été appelées; le jugement alors, comme le dit notre article, ne pourra pas leur être opposé, et elles pourront, soit l'attaquer par la tierce opposition, soit intenter une action ordinaire pour obtenir un jugement contraire au premier. C'est là, en effet, le cas de former la tierce oposition dont nous avons parlé à l'art. 5, n° III. Car le jugement ayant pour effet, par exemple, d'attribuer à un individu la

qualité de membre de telle famille, l'individu, lors de l'ouverture de la succession d'un membre de cette famille, viendra, en exécution de son jugement, prendre une part de cette succession. Le jugement est donc de nature à nuire par son exécution à ceux des membres de cette famille qui n'y ont pas été appelés, et dès lors il y a lieu pour eux à former une tierce opposition.

305. Mais s'ils le peuvent, ils n'y sont pas forcés. La tierce opposition, en effet, comme nous l'avons déjà dit sous ce même art. 5, est toujours facultative, et ceux qui peuvent la former peuvent aussi agir par action ordinaire pour demander une décision différente.

Il est même un cas où les parties non appelées, non-seulement *pourront,* mais devront nécessairement agir par action principale, ordinaire et indépendante du premier jugement. C'est quand elles voudraient, non pas seulement repousser la conséquence de ce jugement, mais arriver à une rectification en sens contraire. Ainsi, Pierre était inscrit dans son acte de naissance comme fils naturel de Louis; mais il a fait juger contre Paul, enfant légitime de ce même Louis, qu'il était non pas fils naturel, mais bien fils légitime. Charles, autre enfant légitime de Louis, lequel Charles était absent du procès et n'y a point été appelé, veut faire juger que non-seulement Pierre n'est pas fils légitime de Louis, mais qu'il n'est pas même son enfant naturel, qu'il lui est totalement étranger. Il est clair qu'alors ce n'est pas la voie de la tierce opposition qu'il doit prendre, et qu'il lui faut intenter une action directe. On comprend, en effet, que la tierce opposition ayant uniquement pour but de faire déclarer le premier jugement non avenu, vis-à-vis de celui qui prend cette voie, elle aurait seulement pour effet de remettre, quant à lui, les choses au même état qu'auparavant, ce qui ne suffirait pas pour satisfaire les prétentions de Charles.

III. — 306. Si la partie intéressée, non appelée au premier jugement, faisait triompher ses prétentions et obtenait, soit, par tierce opposition, l'annulation vis-à-vis d'elle de la première rectification, soit, par une action directe, une rectification en sens contraire, le premier jugement ne serait pas pour cela anéanti absolument; il conserverait tous ses effets contre ceux qui y ont été parties, parce que pour ceux-là, il y a *res judicata,* et que *res judicata pro veritate habetur*. Il suit de là, que celui qui avait obtenu le premier jugement pourrait se dire fils de Louis et de Marie, par rapport à Paul, un de leurs enfants, tandis qu'il ne serait plus qu'un étranger vis-à-vis de Charles, qui est cependant frère de Paul. Il se pourrait donc qu'à cause des deux jugements différents, qui tous deux *pro veritate habentur,* il se trouvât en même temps appartenir et ne pas appartenir à telle famille, selon qu'il serait en présence de tel ou tel autre membre de cette famille, dont l'un aurait été partie au premier jugement, tandis que l'autre n'y aurait pas été appelé et l'aurait ensuite fait déclarer non avenu vis-à-vis de lui ou en aurait obtenu un contraire.

Si bizarre que puisse paraître ce résultat, il n'est cependant que la

conséquence toute simple de la nature que nous avons vu, sous l'art. 5, être celle du jugement, lequel a pour caractère la spécialité, et n'a de force que pour les parties en cause; en sorte que, à côté de la maxime *Res judicata pro veritate habetur,* il faut toujours placer cette autre : *Res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest.*

IV. — 307. Mais il faut bien remarquer que, pour pouvoir invoquer la maxime *Res inter alios judicata* et former tierce opposition au jugement rendu, il faut, ainsi que nous l'avons déjà dit sous l'art. 5, avoir été vraiment étranger au procès et n'y avoir figuré, ni par soi-même, ni par aucun représentant.

Ainsi, Pierre demande la rectification de son acte de naissance, dans lequel il est inscrit comme né de père et de mère inconnus, tandis qu'il se prétend fils légitime de Jean et de Marie, encore vivants. Ceux qu'il soutient être ses père et mère sont appelés en cause, et le débat s'engage contradictoirement avec eux; la question est décidée en faveur de l'enfant, et la rectification est ordonnée. Plus tard, lors de l'ouverture de la succession du père, de la mère ou de tout autre parent, les autres enfants de Pierre et de Marie ou d'autres membres de la famille, après la mort de ceux-ci, veulent écarter Pierre de cette succession, en disant qu'ils n'ont pas été parties au jugement qui l'a déclaré fils de Jean et de Marie, et que ce jugement est pour eux *res inter alios judicata*... Leurs prétentions ne seraient pas admises.

En effet, le père et la mère étaient les plus intéressés à ce qu'on ne déclarât pas leur enfant celui qu'ils soutenaient ne pas l'être; leur intérêt était tel qu'il résumait, en quelque sorte, celui de toute la famille; c'étaient eux, d'ailleurs, qui étaient le plus en état de contester efficacement les prétentions soulevées par l'enfant; ils ont donc été dans l'affaire les représentants nés de tous les membres de la famille, et ceux-ci, dès lors, ne peuvent pas se dire des tiers par rapport au jugement rendu.

Il en serait autrement, bien entendu, si ceux qui viennent contester à Pierre la qualité qui lui a été attribuée par le jugement alléguaient que Jean et Marie, ses soi-disant père et mère, ont agi par fraude dans cette affaire et se sont laissé condamner à dessein et d'accord avec Pierre, pour lui assurer une portion de leurs biens et dépouiller d'autant ceux qui réclament actuellement. Ceux-ci seraient nécessairement admis à faire cette preuve, et s'ils pouvaient l'administrer, il serait vrai de dire qu'ils n'ont pas été valablement représentés au jugement par leurs auteurs, et qu'ils ne sont que des tiers quant à ce jugement.

101. — Les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis; et mention en sera faite en marge de l'acte réformé.

308. Un acte de l'état civil ne doit jamais être supprimé; c'est pour cela que, sans toucher à l'acte dont la rectification est ordonnée, on se

contentera d'inscrire le jugement sur les registres et d'en faire mention en marge de l'acte. Il est évident, du reste, que notre article doit être complété par la disposition de l'art. 49, d'après lequel, si l'acte à rectifier ne se trouve point sur les registres de l'année, et que par conséquent le double soit déposé au greffe du tribunal, c'est par le greffier que la mention sera faite en marge de ce double.

Avant 1808, les dépositaires des registres ne suivaient pas tous une marche uniforme pour la délivrance des extraits des actes rectifiés. Les uns se contentaient d'indiquer la date du jugement qui avait ordonné la rectification, de sorte qu'il fallait se faire délivrer ensuite un extrait de ce jugement lui-même; les autres, entrant mieux dans l'esprit de la loi, donnaient en même temps l'extrait de l'acte et l'extrait du jugement qui l'avait réformé. Un avis du Conseil d'État, du 4 mars 1808, a décidé qu'on se conformerait universellement à ce dernier mode.

Nous avons vu sous l'article précédent, n° III, que lorsque tous les intéressés n'auront pas été parties au jugement de rectification, soit par eux-mêmes, soit par un contradicteur ayant qualité pour les représenter, il pourra intervenir un second jugement de rectification en sens contraire. Chacun de ces deux jugements devant conserver ses effets vis-à-vis des parties entre lesquelles il est intervenu, tous deux devront être inscrits sur les registres à leur date et mentionnés en marge de l'acte ainsi rectifié deux fois; puis, lorsqu'un extrait de cet acte sera délivré, il devra l'être avec extrait de chacun des deux jugements.

RÉSUMÉ DU TITRE DEUXIÈME

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

I. — On appelle *État civil* d'un individu la position qu'il tient au milieu de la société, à raison de ses qualités de père ou de fils, d'homme marié ou non marié, etc.; *Actes de l'état civil*, les procès-verbaux qui constatent ces diverses qualités; et *Officiers de l'état civil*, les fonctionnaires publics chargés de la rédaction de ces actes. Ces officiers ont été, jusqu'en 1792, les curés des paroisses; depuis 1800, ce sont les maires des communes. Il y avait exception sous la monarchie pour les membres de la famille royale, relativement auxquels les fonctions d'officiers de l'état civil étaient remplies, aux termes d'une loi spéciale, par le ministre de la justice. Les registres contenant les actes de leur état civil étaient déposés aux archives de la Chambre des pairs (1).

(1) Voy. aussi Statut 21 juin 1853.

Les règles relatives aux actes de l'état civil sont, ou communes à toutes les espèces d'actes, ou particulières pour chacune de ces espèces.

CHAPITRE PREMIER

RÈGLES COMMUNES A TOUTES ESPÈCES D'ACTES.

II. — Les actes de l'état civil doivent indiquer les jour, mois et an auxquels ils sont reçus et la désignation des parties y dénommées (art. 34).

Ils doivent être rédigés sans interlignes ni surcharges, sans abréviations ni chiffres, et inscrits les uns après les autres de suite et sans blanc; les ratures et renvois doivent être signés de la même manière que le corps même de l'acte. L'officier, après leur rédaction, doit en faire lecture, mentionner l'accomplissement de cette formalité, et signer avec les comparants et les témoins. Il n'y a pas, pour ces témoins, d'autres qualités requises que d'être mâles et âgés de vingt et un ans. Les parties, excepté pour le mariage, peuvent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique (art. 35, 39 et 42).

Les registres destinés à recevoir les actes de l'état civil doivent être tenus doubles dans chaque commune, soit que cette commune n'en ait qu'un pour les actes de toute espèce, soit qu'elle en ait plusieurs, un pour chaque espèce d'actes; ils sont cotés et parafés par le président du tribunal de première instance. A la fin de chaque année, l'un des registres est déposé au greffe du tribunal avec les procurations et autres pièces produites par les parties ou leurs mandataires; l'autre reste aux archives de la commune. Comme ces registres ne doivent jamais être déplacés, leurs extraits ont la même force probante que les registres eux-mêmes, c'est-à-dire qu'ils font foi, jusqu'à inscription de faux, pour celles de leurs énonciations que l'officier a pu attester *propriis sensibus;* quant aux autres énonciations, elles ont seulement la force des des dépositions ordinaires de témoins, attendu que les déclarants ne sont point des officiers publics (art. 40, 41, 43-45).

L'officier de l'état civil qui contreviendrait aux règles ci-dessus peut, sur la réquisition du procureur de la République, être condamné par le tribunal civil à une amende dont le maximum est de 100 francs (article 50). Il va sans dire, d'ailleurs, que tout crime ou délit commis sur les actes de l'état civil donnerait lieu aux peines portées par la loi, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus aux parties intéressées (art. 52). Le procureur de la République doit, lors du dépôt des registres au greffe, en vérifier l'état et dénoncer les crimes, délits ou contraventions qui pourraient avoir été commis (art. 53).

III. — Les actes de l'état civil de chaque individu appartenant à la société tout entière, qui est intéressée à connaître l'état de chacun de ses membres, il s'ensuit que les extraits dont nous venons de parler doivent être délivrés à tout requérant (art. 45).

Du même principe il suit encore qu'un acte étant une fois rédigé, aucun changement n'y peut être fait qu'en vertu d'un jugement de rectification. Ce jugement est inscrit sur les registres et mentionné en marge de l'acte rectifié. Lorsqu'à ce jugement les intéressés ou quelques-uns d'eux n'ont pas été appelés, ni valablement représentés, le jugement ne peut avoir effet vis-à-vis d'eux; s'ils veulent simplement en repousser les conséquences et le faire réputer non avenu quant à eux, ils ont à choisir entre la voie de tierce opposition et une action ordinaire tendant à faire juger négativement ce qui avait été résolu affirmativement. Que s'ils veulent, non pas seulement repousser les conséquences de ce jugement, mais faire prononcer une rectification en sens contraire de la première, c'est toujours et nécessairement une action ordinaire qu'il leur faut intenter (art. 99-101).

Les jugements de rectification, comme tous autres relatifs aux actes de l'état civil, sont rendus sur les conclusions du ministère public, mandataire de la société, et toujours susceptibles d'appel. Si l'inexactitude de l'acte consistait seulement dans un nom mal orthographié, ou dans la suppression d'un des prénoms des père ou mère, il ne serait pas nécessaire, pour arriver à une célébration de mariage, de faire rectifier l'acte; il suffirait de faire attester par témoins qu'il y a dans l'acte inexactitude sous ce rapport. Les jugements de rectification ne peuvent être demandés que par les parties intéressées et non d'office par le procureur de la République, excepté : 1° lorsque la rectification intéresse l'ordre public; 2° lorsqu'elle concerne des individus notoirement indigents (*ibid.*).

IV. — Quand on allègue qu'il n'a pas été tenu de registres, ou que les registres ont cessé d'exister, ou que seulement un feuillet ou un acte a été détruit, on peut, soit par titres, soit même par témoins, 1° prouver le fait qu'on allègue; 2° ce fait admis, prouver le fait de la naissance, du mariage ou du décès (art. 46).

En pays étranger, les agents diplomatiques peuvent recevoir les actes de l'état civil des Français; les officiers du pays peuvent, par application de la maxime *Locus regit actum,* recevoir et ceux des Français et ceux passés entre Français et étrangers (art. 47 et 48).

Les dépositaires des registres sont civilement responsables envers les intéressés de toute altération ou destruction des registres, ou d'une partie des registres, sauf leur recours contre les auteurs du fait, lesquels peuvent en outre, s'il y a lieu, être poursuivis criminellement par le procureur de la République (art. 51 et 52).

CHAPITRE II

RÈGLES PARTICULIÈRES POUR CHAQUE ESPÈCE D'ACTES.

V. — *Actes de naissance.* — Les actes de naissance, en principe, n'ont pour but que de prouver le fait de la naissance; cependant ce sont eux aussi qui prouvent la filiation quand il s'agit d'enfants légi-

times; tandis que celle des enfants naturels se prouve par un acte tout différent, c'est-à-dire un acte authentique de reconnaissance formelle. L'acte de naissance d'un enfant légitime n'est donc complet que quand il prouve et la naissance et la filiation. Ainsi, lorsqu'on veut procurer à un enfant légitime, dont l'acte de naissance n'établit pas la filiation, un acte qui prouve cette filiation, ce n'est pas une reconnaissance qu'il faut faire, comme on ferait pour l'enfant naturel; il faut compléter l'acte de naissance et obtenir à cet effet un jugement de rectification (art. 62).

Les naissances doivent être déclarées dans les trois jours à l'officier de l'état civil. L'acte est dressé sur la présentation de l'enfant et en présence de deux témoins. Si l'enfant est malade, l'officier doit se transporter près de lui (art. 55). L'obligation de faire la déclaration est imposée : 1° au père; 2° quand la mère n'est pas accouchée chez elle, au père encore, s'il est présent, et, à son défaut, à la personne chez qui l'accouchement a eu lieu; 3° à défaut de l'un et de l'autre, aux médecins, sages-femmes et autres personnes qui ont assisté à l'accouchement (art. 56).

L'acte de naissance doit toujours contenir l'indication du lieu et de l'époque de la naissance, et les prénoms de l'enfant; il doit indiquer de plus, mais seulement quand l'enfant est légitime, le père et la mère. Que s'il s'agit d'un enfant naturel, l'indication du père ne peut avoir lieu qu'autant que ce père reconnaît l'enfant et pourvu que cette reconnaissance n'attribue pas à l'enfant une filiation incestueuse ou adultérine; celle de la mère peut toujours être faite, mais elle ne doit jamais être exigée (art. 35).

Tout acte de reconnaissance, fait séparément de l'acte de naissance, doit être inscrit sur les registres des naissances et mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant reconnu (art. 62).

La personne qui trouve un enfant nouveau-né est tenue de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les effets trouvés avec l'enfant, en indiquant les circonstances du fait. L'officier dresse un procès-verbal qui énonce en outre le sexe, l'âge apparent de l'enfant, les noms qui lui sont donnés, et l'autorité à laquelle il est remis. Ce procès-verbal est inscrit sur les registres des naissances (art. 58).

S'il naît un enfant pendant un voyage en mer, l'acte doit être dressé dans les vingt-quatre heures sur le rôle d'équipage, par celui qui commande le bâtiment. Une expédition authentique de cet acte ou une copie de cette expédition est envoyée, soit directement par le préposé au bureau de l'inscription maritime du port où le bâtiment aura abordé, soit par l'intermédiaire du ministre de la marine, à l'officier de l'état civil du domicile du père, s'il est connu; sinon, de la mère. Cet officier l'inscrit immédiatement sur les registres des naissances (art. 59-61).

VI. — *Actes de mariage.* — Tout ce qu'il y a à dire sur cette matière sera plus logiquement placé dans le titre du Mariage.

VII. — *Actes de décès.* — Les déclarations de décès doivent être

faites dans les vingt-quatre heures par les deux plus proches parents ou voisins, à l'officier de l'état civil. L'inhumation ne peut être faite qu'en vertu d'une autorisation qui ne se délivre qu'après la déclaration faite, sans toutefois qu'elle puisse jamais avoir lieu avant l'expiration de vingt-quatre heures depuis le décès.

L'acte, qui ne doit être rédigé qu'après que l'officier de l'état civil s'est assuré du décès, soit en se transportant lui-même au domicile de la personne, soit en confiant ce soin à un homme de l'art, doit contenir les prénoms, noms, profession et domicile du décédé, de son conjoint, s'il est marié ou veuf, et autant qu'il est possible de ses père et mère (art. 77-79).

VIII. — Nous avons maintenant à rappeler les règles à suivre dans divers cas extraordinaires de décès.

1° En cas de décès dans des établissements publics, tels que maisons de santé, colléges, séminaires, communautés, prisons, etc., les directeurs, supérieurs, concierges, gardiens, etc., en doivent donner avis dans les vingt-quatre heures à l'officier de l'état civil, qui dresse l'acte après s'y être transporté. Il doit être tenu en outre, dans toutes les maisons publiques, à l'exception des prisons, des registres spéciaux où l'on consigne la mention de ces décès et des circonstances y relatives (art. 80 et 84).

2° Lorsqu'il y a lieu de soupçonner qu'il y a eu mort violente, un officier de police doit, assisté d'un docteur en médecine, dresser procès-verbal de l'état du cadavre et de toutes les circonstances et renseignements relatifs au fait. Ces renseignements sont par lui envoyés à l'officier de l'état civil du lieu qui dresse l'acte d'après eux (art. 81 et 82).

3° En cas d'exécution à mort, le greffier criminel doit, dans les vingt-quatre heures, envoyer à l'officier de l'état civil du lieu les renseignements nécessaires à la rédaction de l'acte (art. 83).

Dans les trois cas ci-dessus, l'officier qui a dressé l'acte en envoie une expédition à celui du domicile du défunt.

Dans les cas d'exécution à mort, de mort violente et de décès dans une prison, il ne doit pas être fait mention de ces circonstances dans l'acte (art. 85).

4° En cas de décès pendant un voyage de mer, il faut appliquer ce qui a été dit pour les naissances arrivées en pareille circonstance (art. 86 et 87).

5° En cas de présentation à l'officier de l'état civil, d'un enfant sans vie dont la naissance n'a pas été enregistrée, l'officier doit seulement déclarer qu'il lui a été présenté un enfant *sans vie,* et indiquer le jour et l'heure où cet enfant est sorti du sein de sa mère. Il ne doit pas énoncer que l'enfant est mort (art. 87).

6° Quand un individu aura péri dans un incendie, une inondation, un éboulement de mines ou toute autre circonstance dans laquelle il sera impossible de retrouver son corps, on en fera dresser procès-verbal par un officier de police. Ce procès-verbal sera transmis au procu-

reur de la République, à la diligence duquel il sera, sur l'autorisation du tribunal, annexé au registre des décès (art. 87, nos III et IV).

CHAPITRE III

RÈGLES PARTICULIÈRES POUR LES MILITAIRES DANS UN CAS DÉTERMINÉ.

IX. — Les militaires en activité de service hors du territoire, et aussi ceux qui, en France, se trouvent, par suite de la guerre, sans communication possible avec les autorités civiles, ont été l'objet de dispositions qui apportent quelques exceptions aux règles précédemment tracées.

Les fonctions d'officier d'état civil sont remplies, dans ces circonstances particulières : 1° dans chaque corps spécial, pour les militaires attachés à un corps, par le quartier-maître, si le corps comprend un ou plusieurs bataillons; par le trésorier, si le corps est de moins d'un bataillon; 2° à l'état-major pour les individus dépendant de l'armée, sans cependant faire partie d'un corps spécial, par l'intendant militaire. Il est tenu, par chacun de ces officiers, un seul registre sur lequel s'inscrivent les actes de toute espèce. Ces registres sont cotés et parafés, celui de chaque corps, par l'officier qui commande ce corps, celui de l'état-major, confié à l'intendant, par le chef d'état-major; 3° enfin les directeurs d'hôpitaux sont officiers de l'état civil pour les décès arrivant dans ces hôpitaux (art. 88-91, 96 et 97).

Pour les déclarations de naissances, un délai de dix jours au lieu de trois est accordé, et l'on a un nouveau délai de dix jours, à partir de l'inscription de l'acte, pour en envoyer un extrait à l'officier de l'état civil du domicile du père, si le père est connu; sinon, de la mère (art. 92 et 93).

Les mariages ne peuvent avoir lieu qu'après publication au domicile des parties, et en outre, après que la publication a été mise pendant vingt-cinq jours à l'ordre du jour du corps ou de l'armée, selon les cas. L'extrait de l'acte de mariage doit être envoyé à l'officier de l'état civil des parties, immédiatement après l'inscription sur les registres (art. 94 et 95).

Les actes de décès doivent être rédigés sur la déclaration de trois témoins, au lieu de deux, requis dans les cas ordinaires; on a dix jours pour envoyer l'extrait (art. 96).

En cas de décès dans un hôpital, l'acte est rédigé par le directeur, qui en adresse une expédition à celui des officiers de l'armée chargé des fonctions d'officier de l'état civil, relativement à l'individu décédé. Cet officier, comme dans les autres cas, fait parvenir un extrait à l'état civil du domicile du défunt (art. 97).

A la rentrée des troupes sur le territoire français, le registre tenu à l'état-major pour les individus non attachés à un corps, et ceux tenus dans chaque corps spécial, sont tous déposés aux archives de la guerre (art. 90).

X. — Maintenant, comment doit-on entendre la compétence de ces officiers spéciaux en pays étrangers? Est-elle forcée ou n'est-elle que facultative?

A la différence des simples individus, une armée entre sur un territoire pour y commander, et dans les divers lieux qu'elle occupe, elle ne reconnaît, pour elle, que la souveraineté du pouvoir qui l'envoie; donc, pour tous ceux qui lui appartiennent, là où est le drapeau, là est la France.

Ainsi, en quelque pays qu'ils aillent, ceux qui font partie d'une armée, réellement et actuellement, y sont légalement en France. Si le point occupé par l'armée l'est absolument et exclusivement, un camp, par exemple, le point est réputé la France absolument, et l'officier du pays n'y pourrait recevoir aucun acte de l'état civil qui concernât un Français, même pour partie; il n'y pourrait recevoir que ceux exclusivement relatifs aux étrangers. Si le pays n'est occupé que pour partie, comme une ville où sont restés les habitants, il continue d'être pays étranger quant aux étrangers, et l'on a, par exemple, une ville tout à la fois française et allemande. Là encore, l'officier français est seul compétent pour les actes ne concernant que des Français; mais si, au contraire, l'acte est relatif à un Français et à un étranger en même temps, par exemple, un mariage entre un militaire de l'armée et une femme du pays, cet acte peut être reçu soit par l'officier de l'armée, soit par l'officier du pays, attendu qu'on est en France devant l'un et en Allemagne devant l'autre (art. 88).

TITRE III

DU DOMICILE.

(Décrété le 14 mars 1803. — Promulgué le 24.)

309. Diverses raisons, que l'on comprendra mieux à mesure qu'on avancera davantage dans l'étude du droit, demandaient que l'on mît chaque personne en rapport légal avec un lieu déterminé.

Ainsi, par exemple, la justice étant rendue par un grand nombre de tribunaux, à chacun desquels est attribuée une certaine portion de territoire, il est clair que chaque personne doit être rattachée à tel ou tel lieu, afin qu'on sache auquel de ces tribunaux il faut la traduire, et qu'il ne soit pas permis d'appeler arbitrairement et sans raison, à une extrémité de la France, la personne demeurant à une autre extrémité.

Ainsi encore, pour faire naître contre une personne l'obligation de comparaître en justice, il est de toute raison qu'il faut lui faire parvenir un avertissement préalable d'avoir à s'y présenter. Mais, d'un autre

côté, on ne pouvait pas exiger que cet avertissement (qu'on appelle *assignation, citation, ajournement*) fût toujours donné à la personne elle-même; car c'eût été laisser à chaque débiteur la faculté de paralyser indéfiniment l'exercice des droits de son créancier, en s'arrangeant de telle sorte que celui-ci ne pût pas arriver jusqu'à lui. Il a donc fallu, ici encore, fixer un lieu avec lequel la personne serait dans une relation telle que toutes les significations, de quelque nature qu'elles fussent, qui seraient faites en ce lieu, auraient le même effet que si elles l'avaient été à la personne elle-même.

Le domicile est donc le siége légal, juridique de la personne. Nous disons le siége *juridique;* car le domicile n'est pas, à proprement parler, la maison, la construction matérielle; c'est une chose tout idéale, une chose morale, abstraite, résultant seulement de la création de la loi. Dans l'usage, cependant, on appelle souvent domicile aussi, la maison, le lieu où est fixé le siége juridique; mais ce n'est pas là le sens technique du mot. L'art. 102 l'indique assez, quand il dit que le domicile est, non pas *le lieu,* mais *au lieu* du principal établissement.

Quoique nous disions que le domicile n'est point une réalité matérielle, n'est point une maison, un lieu, mais bien une création juridique, une abstraction, pur effet de droit, cependant nous n'admettons pas, avec M. Demante (*Progr.*, I, 107), que *le domicile consiste dans la relation établie par la loi entre la personne et le lieu.* Cette idée, selon nous, est inexacte. Le domicile n'est pas la relation établie par la loi entre la personne et le lieu, c'est le *siége* que la loi crée par suite de cette relation. Le domicile n'est pas la *relation;* car, remettre un exploit au domicile, ce n'est pas *remettre un exploit à la relation.* La loi établit des rapports entre chaque personne et tel lieu; puis, comme conséquence de ces rapports, elle pose en ce lieu le siége fictif, le *domicile* de cette personne.

310. Du reste, ce n'est pas arbitrairement, mais, au contraire, d'après l'intention, soit certaine, soit présumée de la personne elle-même, que la loi, comme nous allons le voir, fixe dans tel lieu plutôt que dans tel autre le siége juridique de cette personne.

102. — Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement.

I. — 311. On distingue le *domicile civil* ou *domicile* simplement dit, et le *domicile politique*, selon qu'il s'agit de déterminer le lieu où chaque citoyen doit exercer ses droits politiques ou ses droits civils. Le domicile civil est le seul dont s'occupe notre titre, comme l'indiquent ces mots de notre article : *quant à l'exercice de ses droits civils.*

Il faut ici distinguer du domicile civil ordinaire le domicile *quant au mariage,* qui, aux termes de l'art. 74, ne s'acquiert que par six mois d'habitation continue, en sorte qu'il consiste dans une simple résidence. C'est également par cette résidence de six mois que se consti-

tuait, sous la loi électorale de 1849, le domicile politique quant à l'exercice du droit d'électeur ; mais la fameuse loi du 31 mai 1850 est venue exiger trois ans (1).

II. — 312. Quant au domicile ordinaire, il est, d'après notre article, au lieu où l'on a son principal établissement. Il ne faut donc pas le confondre avec la résidence, qui consiste dans le seul fait de l'habitation. Ainsi un commerçant qui a le siége de ses affaires à Rouen, laisse dans cette ville un commis à la tête de sa maison et va passer une année ou davantage, avec sa famille, chez un parent ou un ami, à Marseille. Pendant ce temps, il sera *résidant* à Marseille, mais il n'en continuera pas moins d'être *domicilié* à Rouen.

III. — 313. Du reste, comme on le comprendra facilement par l'explication des articles suivants, le mot *établissement* a, dans notre article, la signification la plus large, le sens le plus étendu. Ainsi, en prenant le mot *établissement* dans son sens propre, il est clair qu'un enfant de dix ans n'a pas d'établissement ; et cependant, cet enfant a un domicile. Ainsi encore, un jeune homme de vingt-cinq ans qui vit du revenu de ses propriétés et n'exerce aucune profession, n'a pas précisément d'établissement ; cependant il a aussi son domicile.

Le législateur entend donc par le *lieu du principal établissement* celui où l'on est fixé, auquel on est attaché plus spécialement, en telle sorte que si l'on s'en éloigne, c'est toujours pour y revenir après un délai plus ou moins long.

103. — Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

SOMMAIRE.

I. Pour changer de domicile, il faut l'intention et le fait. Le domicile ne s'acquiert que *animo et facto ;* une fois acquis, il se conserve *solo animo*.

II. Quand la personne est incapable, ou légalement réputée incapable d'avoir une volonté, la loi lui en suppose une pour lui fixer un domicile. — Il en serait de même, encore que la personne eût la volonté formelle de n'avoir aucun domicile.

III. En principe, il ne peut y avoir perte pure d'un domicile ; il ne peut y avoir, réciproquement, acquisition pure d'un domicile nouveau. On ne peut pas n'avoir point de domicile ; on ne peut pas en avoir plusieurs.

IV. De ces quatre principes, les trois premiers peuvent souffrir exception. Le quatrième ne le peut pas ; mais les faits peuvent amener, quant à lui, les mêmes résultats qu'une exception de droit.

I. — 314. Pour changer de domicile, il ne suffit pas d'aller habiter dans un autre lieu ; car, comme nous l'avons dit sous l'article précédent, le fait de l'habitation dans un lieu, quand l'intention d'y rester fixé ne s'y joint pas, ne constitue qu'une simple résidence. Il en serait toujours ainsi, quelque long que fût le temps pendant lequel on habiterait le lieu où l'on n'entend pas se fixer.

---

(1) Voy., pour le domicile politique, le décret organique du 2 février 1852, aux termes duquel le domicile politique est acquis par la résidence de six mois dans une commune.

Ainsi, un jeune homme de la province, après avoir fait ses études d'humanités dans son pays, s'en vient passer à Paris quatre, cinq, six années ou plus, pour y prendre ses grades dans une Faculté ou pour tout autre but, lequel atteint, il a l'intention de retourner s'établir dans son pays ; ce jeune homme, n'ayant à Paris que le fait de l'habitation, n'a jamais cessé d'être domicilié au lieu où il l'était avant de venir dans la capitale.

Réciproquement, l'intention, même expressément manifestée, d'abandonner à toujours un lieu, pour aller s'établir dans un autre, ne suffirait pas seule pour opérer le changement de domicile ; il faut que le fait de l'habitation dans ce nouveau lieu vienne s'y réunir.

Il suit de là que le domicile une fois acquis se conserve *solo animo,* par l'intention seule et malgré une résidence dans un lieu différent ; tandis qu'il ne peut s'acquérir que *animo et facto* (1).

II. — 315. Comme on le voit, c'est de l'intention même de la personne, de l'*animus manendi,* que la loi part pour établir, entre cette personne et tel ou tel lieu, le rapport d'où résulte le domicile. Mais il est des personnes qui sont incapables, ou que la loi déclare incapables d'avoir une volonté, une intention. Tels sont tous les mineurs avant leur émancipation, et les majeurs qui, privés de l'exercice de leurs facultés mentales, par l'imbécillité, la démence ou la fureur, ont été judiciairement interdits. Pour ces personnes, cependant, il fallait aussi que ce rapport légal existât ; car elles ont aussi leur état dans la société civile, et y jouissent de droits qui sont exercés par d'autres en leur nom. La loi a donc dû prêter, fictivement, à ces personnes une intention qu'elles n'ont point, ou sont réputées ne point avoir, et déterminer cette intention d'après celle de la personne à laquelle la force des circonstances les rattache et qui est chargée de les représenter. Aussi l'art. 108 nous dit-il que le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur, et le majeur interdit, chez son tuteur.

Nous avons parlé de personnes qui sont, *ou que la loi déclare,* incapables d'avoir une intention. En effet, il est évident qu'à seize ou dix-huit ans, un mineur peut avoir une intention, et cependant, tant qu'il n'est pas émancipé, la loi ne lui reconnaît pas de volonté ; il n'a pas, à ses yeux plus de capacité que l'enfant non encore doué de raison. Il n'a donc pas le droit de se choisir un domicile.

D'un autre côté, il peut très-bien arriver qu'une personne qui est, et que la loi reconnaît être très-capable d'avoir une volonté, une intention, n'ait cependant pas, en fait, l'intention de s'attacher à tel ou tel lieu plutôt qu'à tel autre, ou même qu'elle ait l'intention précise et arrêtée de ne s'attacher à aucun. Or, cela n'empêcherait pas cette personne d'avoir un domicile, la loi lui supposant, comme elle le fait pour les mineurs et les interdits, une intention qu'elle n'a pas en réalité.

(1) Voy. Rej., 6 nov. 1822, 25 août 1835, 22 janv. 1856 (Dev., 32, 1, 822 ; 35, 1, 689 ; 50, 1, 207) ; Bordeaux, 4 juin 1862 (Dev., 62, 2, 501) ; Limoges, 13 fév. 1869 (Dev., 69, 2, 75).

Personne, en effet, comme nous allons le voir sous le numéro suivant, ne peut être sans domicile; chacun est réputé, légalement et sans que la preuve contraire puisse même se faire, avoir l'intention d'être en relation avec un lieu quelconque.

III. — 316. Il est fort important de remarquer en quels termes s'exprime notre article; ces termes nous prouvent une idée bien arrêtée chez le législateur, et qui ressort encore de plusieurs autres articles; c'est qu'on ne peut, ni avoir plusieurs domiciles, ni n'en avoir aucun.

En effet, notre article ne parle pas (et aucun autre texte ne parle non plus) soit *de l'acquisition de domicile,* soit *de la perte de domicile;* il parle *du changement* de domicile, c'est-à-dire du remplacement d'un domicile par un domicile nouveau. Ceci nous indique que, dans l'esprit du législateur, il ne peut pas y avoir perte d'un premier domicile, sans qu'il y ait en même temps acquisition d'un second, et que, réciproquement, il n'y a jamais d'acquisition d'un nouveau domicile, sans qu'il y ait perte de l'ancien.

En effet, la raison nous dit déjà qu'un domicile est nécessaire à toute personne, parce que toute personne a des droits à exercer et qu'on peut avoir des droits à exercer contre elle; mais elle nous dit aussi que, s'il est nécessaire d'en avoir un, un suffit.

Aussi, l'art. 102 nous dit-il : *Le domicile de tout Français* est au lieu, etc. : les art. 104 et 107 nous parlent de *translation* du domicile, c'est-à-dire d'abandon d'un premier pour en choisir un autre; dans l'art. 110, on nous dit que toute succession s'ouvre au lieu *du domicile;* on n'ajoute pas, *quand il y en aura un,* parce qu'en effet, on en a toujours un, et l'on ne dit pas non plus que ce sera au lieu *d'un des domiciles,* parce qu'on n'en peut avoir plusieurs. Il n'y a pas dans tout notre titre, une phrase, un mot, qui puisse faire soupçonner, chez le législateur, l'idée qu'une personne pourrait n'avoir pas de domicile ou en avoir deux; tout, au contraire, conduit à faire admettre les deux propositions que nous avons avancées, et notre article vient compléter la démonstration.

En effet, comme nous l'avons dit déjà, notre article ne parle pas séparément de la perte et de l'acquisition de domicile, pour indiquer, à chacune, des causes différentes. Il les réunit l'une et l'autre dans une même phrase, dans un même mot, et leur assigne une cause identique. Dire que telle circonstance opère *changement de domicile,* c'est bien dire qu'elle anéantit le domicile ancien et en fait naître un nouveau. Mais puisque la cause qui fait perdre un domicile est précisément celle qui en crée un nouveau, il s'ensuit que toutes les fois qu'un domicile cessera d'exister, un autre sera créé et remplacera celui qui est perdu; réciproquement, puisque la cause qui crée un domicile nouveau est celle qui détruit l'ancien, il s'ensuit qu'un domicile postérieur ne naîtra jamais sans que le précédent soit forcément enlevé. En deux mots : il n'y a jamais perte pure du domicile qu'on avait, il n'y a jamais acquisition pure d'un domicile nouveau ; il y a nécessairement, tout à la fois,

perte d'un domicile et acquisition d'un domicile différent; en d'autres termes, il y a toujours *changement de domicile* (1).

Il reste donc établi : 1° que l'on ne peut jamais avoir deux domiciles; et 2° qu'on ne peut pas n'en avoir aucun, puisque celui qui n'en aurait pas d'autre aurait toujours son domicile originel. Chaque enfant, en effet, ainsi que nous le verrons sous l'art. 108, se trouve avoir, dès le moment de sa naissance, un domicile qui, d'après ce qui a été dit plus haut, ne peut être perdu sans qu'il en soit acquis un nouveau.

Puisque nous parlons du domicile d'origine, nous devons faire remarquer, ce qui est d'ailleurs évident par soi-même, que pour ce domicile d'origine il y a nécessairement acquisition pure de domicile. Aussi n'avons-nous pas dit, dans l'explication donnée plus haut, qu'il n'y avait point d'acquisition pure de domicile, mais bien qu'il n'y avait point d'aquisition pure d'un domicile *nouveau*.

IV. — 317. Nous avons établi, sous le n° précédent (n° III), quatre propositions, savoir :

1° Qu'il ne peut y avoir perte d'un domicile sans acquisition d'un domicile nouveau;

2° Qu'il n'y a point d'acquisition d'un domicile nouveau sans perte coïncidente du domicile antérieur;

3° Qu'on ne peut pas n'avoir point de domicile;

4° Enfin, qu'on ne peut pas en avoir plusieurs.

De ces principes, il en est trois qui, dans certains cas assez rares, souffriront exception par la force même des choses. Quant au quatrième, il ne peut pas recevoir d'exception; mais les choses pourront se passer, en fait, comme si cette exception avait lieu.

Et d'abord, quant aux trois premières propositions, si l'on suppose que la maison où une personne habitait avec l'intention d'y rester fixée, et où par conséquent elle avait son domicile, se trouve détruite par un incendie, une inondation, etc., le domicile de cette personne est forcément enlevé, et il y a alors perte pure du domicile, car la force majeure qui l'a fait disparaître n'en crée pas un autre. C'est une exception au premier principe.

Puisqu'il y a, dans ce cas, perte pure de domicile, la personne se trouvera donc sans domicile plus ou moins longtemps et jusqu'à ce qu'elle en acquière un nouveau. C'est une exception au troisième principe.

Maintenant, lorsque ce nouveau domicile se réalisera, il y aura, comme on le voit, acquisition pure de domicile. Ce sera donc une exception au troisième principe.

---

(1) Le Français qui s'expatrie peut-il, lorsqu'il conserve l'esprit de retour, transporter son domicile à l'étranger, de façon à n'en point avoir en France? *Sic* : Demangeat sur Fœlix (I, p. 57, note *a*); Aubry et Rau (4e édit., I, p. 576); Dalloz (*Rép.*, v° Domicile, n° 20); Paris, 20 mars 1834; Cass., 17 janv. 1837 (*J. Pal.*, 1837, 2, 90; Cass., 21 juin 1865, 27 avril 1868 (Dev., 65, 1, 313; 68, 1, 257). *Contrà* : Fœlix (*Droit internat.*, t. I, n° 28); Demolombe (I, n° 349).

Pour ce qui est du dernier principe, celui d'après lequel on ne peut avoir plusieurs domiciles à la fois, on n'y conçoit pas d'exception possible; mais les choses peuvent se passer comme si cette exception existait. En effet, supposons un commerçant ayant plusieurs établissements, l'un à Paris, l'autre à Rouen, un autre à Bordeaux, et qui réside tantôt à l'un, tantôt à l'autre, sans qu'aucune circonstance indique lequel il choisit pour son domicile : comme c'est lui qui est en faute de ne pas déclarer son intention ainsi que le veut l'article suivant, on tiendrait pour valables les significations faites à l'un de ces établissements indistinctement, comme si son domicile existait à chacun d'eux (1).

104. — La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera, qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.

105. — A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances.

I. — 318. Les diverses circonstances qui peuvent faire connaître l'intention sont si multipliées, qu'il était impossible au législateur de les prévoir toutes; il a donc dû laisser aux tribunaux le soin de les rechercher et de les apprécier.

Du reste, il est plusieurs circonstances où le législateur, sans en attendre d'autres, et quelquefois même sans attendre le fait de l'habitation, suppose à la personne une intention qu'il juge tellement nécessaire, qu'elle lui suffit pour déterminer lui-même le domicile par une présomption contre laquelle aucune preuve ne saurait être admise. Les cas dans lesquels a lieu cette présomption de la loi vont nous être indiqués dans les art. 107 et 108.

II. — 319. On s'est demandé ce qu'il faudrait décider si une personne avait manifesté, soit par une déclaration expresse, soit par les circonstances de sa conduite, l'intention de quitter son domicile, mais qu'elle n'eût point laissé percer l'intention d'en prendre un autre, ou qu'elle eût même clairement manifesté l'intention de n'en point prendre. Cette question cesse d'en être une, quand on se reporte à ce que nous avons dit sous l'art. 103.

En effet, nous avons vu qu'il ne peut point y avoir perte pure de domicile, mais seulement *changement* de domicile, c'est-à-dire perte de l'ancien et acquisition d'un nouveau; par la raison que les causes nécessaires pour enlever un domicile sont précisément celles qui en font naître un autre. Il suit de là que, s'il n'y a pas changement de domicile, c'est-à-dire perte et acquisition tout ensemble, il n'y aura rien de fait. Or, dans notre hypothèse, il n'y a pas changement de domicile, puisqu'un nouveau domicile n'est point acquis; rien donc n'a été fait, et le domicile antérieur est conservé, malgré l'intention contraire. En

(1) Demolombe (I, 347).

effet, comme on l'a compris sous l'art. 103, ce n'est pas à l'intention seulement de quitter tel lieu, que la loi accorde l'effet de détruire le domicile, mais à l'intention de quitter tel lieu pour aller se fixer dans tel autre. Lors donc qu'on aura manifesté seulement l'intention de quitter tel domicile, cette intention sera nulle aux yeux de la loi, et aucun effet n'y sera attaché.

Bien plus, quand même la personne aurait manifesté et l'intention de quitter tel lieu et celle d'aller se fixer dans tel autre, si le fait de l'habitation réelle dans le lieu nouveau ne s'était pas réalisé, l'ancien domicile serait conservé. En effet, aux termes de l'art. 103, le changement de domicile ne s'opère que par l'intention de se fixer dans le lieu nouveau, jointe à l'habitation réelle dans ce lieu; sans la réunion de ces deux circonstances, le changement de domicile ne s'opère point; le nouveau domicile n'est donc point acquis, et par conséquent, le domicile antérieur n'est point perdu.

Ainsi, une personne domiciliée à Rouen va déclarer à la mairie de cette ville qu'elle entend abandonner ce domicile pour aller se fixer à Bordeaux; si l'on veut encore, elle fait de plus déclarer par un mandataire, à la mairie de Bordeaux, qu'elle va prendre son domicile dans cette dernière ville. Pour réaliser son projet, elle quitte Rouen, et la voilà, avec toute sa famille, en route pour Bordeaux. Mais elle meurt pendant le voyage... Le fait de l'habitation à Bordeaux ne s'étant point réalisé, il n'y a point eu changement de domicile, il n'y a rien eu de fait; la personne est morte ayant son domicile à Rouen, et c'est dans cette ville que s'est ouverte sa succession, aux termes de l'art. 110 (1).

106. — Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable, conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire.

107. — L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions.

I. — 320. Comme on le voit, l'acceptation de fonctions à vie est une circonstance qui, seule, paraît au législateur suffisante pour supposer à l'acceptant l'intention de se fixer dans le lieu où ces fonctions l'appellent, et pour déclarer qu'il sera domicilié dans ce lieu immédiatement et avant même d'y avoir transféré son habitation.

C'est par la prestation du serment que l'acceptation est parfaite; c'est par elle, en effet, que l'impétrant est revêtu du titre qui jusque-là ne lui était qu'offert. C'est donc par cette prestation de serment que le changement de domicile s'opère.

---

(1) Caen, 13 août 1838; Rej., 7 mai 1839; Toulouse, 26 fév. 1850; Rej., 30 juillet 1850, 18 déc. 1855, 21 août et 17 déc. 1862 (Dev., 39, 1, 681; 50, 2, 256; 50, 1, 797; 57, 1, 363; 63, 1, 351). Paris, 1er fév. 1870 (Dev., 70, 2, 155). *Conf.* Bioche (vº *Domicile*, nº 33); Massé et Vergé (I, § 91, p. 126, note 11); Aubry et Rau (4e édit., t. I, § 144, p. 584).

Voyons quelles sont les fonctions qui emportent cette translation de domicile.

On appelle *temporaire* une fonction qui n'est conférée que pour un certain laps de temps, par opposition à celle dont la durée est illimitée. Une fonction *révocable* est celle qui peut être retirée à volonté par l'autorité qui l'a conférée, à la différence des fonctions *inamovibles*, dont on ne peut plus dépouiller celui qui en est une fois revêtu. — Une fonction peut être tout à la fois temporaire et révocable; telles étaient celles des maires et adjoints, qui, d'après la loi du 21 mars 1831, n'étaient nommés que pour trois ans et pouvaient en outre, pendant ces trois ans, être révoqués par un décret. — Une fonction peut être temporaire et cependant irrévocable; telle est celle de député au Corps législatif. Les députés, en effet, ne sont nommés que pour quatre ans; mais, pendant ces quatre ans, leur qualité ne peut pas leur être enlevée. — Il est au contraire des fonctions dont la durée est illimitée, mais qui sont toujours sujettes à révocation; telles sont celles des ministres, des préfets, des membres du ministère public, etc. Enfin, il en est d'autres qui sont en même temps et d'une durée illimitée et irrévocables; ce sont celles de conseiller d'une Cour, de juge d'un tribunal de première instance, de notaire, d'avoué, etc., etc.

Or, pour que l'acceptation d'une fonction n'emporte pas changement de domicile, il n'est pas nécessaire que la fonction soit en même temps temporaire et révocable; il suffit, d'après l'art. 106, qu'elle présente un de ces deux caractères. Il faut donc, pour opérer translation de domicile, que la fonction soit tout à la fois et irrévocable et d'une durée illimitée. C'est ce que note art. 107 entend par *fonction conférée à vie* (1).

II. — 321. Mais de ce que l'acceptation d'une fonction qui est ou révocable ou temporaire n'emporte pas nécessairement et de plein droit translation du domicile dans le lieu où elle doit s'exercer, il faudrait bien se garder d'en conclure, comme l'a cependant fait un arrêt de Paris, maintenu en cassation le 17 juillet 1830, que cette acceptation rend impossible la translation du domicile à moins d'une déclaration formelle du fonctionnaire à cet égard; en d'autres termes, que celui qui accepte, dans un lieu autre que celui où il était précédemment domicilié, une fonction temporaire ou révocable, ne sera domicilié dans ce lieu nouveau que dans le seul cas où il aurait fait les déclarations dont parle l'art. 104.

C'est là une erreur qui se réfute par le texte même de la loi autant que par la raison. Notre article 106 ne dit pas que le fonctionnaire dont il s'agit conservera son ancien domicile s'il n'a pas *fait une déclaration contraire*, mais seulement s'il n'a pas *manifesté d'intention contraire;* or, l'art. 105 nous dit, et le bon sens disait déjà, que cette intention, à défaut d'une déclaration, se prouve par les circonstances. L'acceptation d'une fonction, quand cette fonction est révo-

(1) Paris, 17 août 1810; cass. d'un arrêt de Caen, 11 mars 1812.

cable ou temporaire, n'est point à elle seule, comme serait l'acceptation d'une fonction à vie, une circonstance suffisante; mais si, à celle-ci, il s'en joint d'autres (que les tribunaux apprécieront en fait) et que, par la réunion de ces circonstances, l'intention d'être domicilié dans le lieu nouveau se trouve manifestée, il est clair qu'il y aura changement de domicile, quoiqu'il n'ait pas été fait de déclaration.

Si la Cour de Paris avait jugé que, examen fait des circonstances, il n'y avait pas preuve suffisante de l'intention de changer le domicile, c'eût été là une appréciation de fait échappant à la censure de la Cour suprême (1); mais du moment que la Cour d'appel ne se fondait que sur le défaut de déclaration, il y avait fausse application de notre art. 106 et violation de l'art. 105. Son arrêt devait donc être cassé (2).

108. — La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur : le majeur interdit aura le sien chez son tuteur.

SOMMAIRE.

I. La femme mariée a son domicile propre quand elle est séparée de corps et quand elle est tutrice de son mari interdit.

II. Domicile propre. Comment il se détermine, selon les circonstances. — L'enfant né à l'armée n'y a qu'une résidence.

III. On peut être domicilié dans une commune où l'on n'a jamais été et où l'on n'ira jamais.

I. — 322. Cet article nous indique plusieurs cas dans lesquels, comme dans celui de l'art. 107, le domicile est déterminé par la loi elle-même, d'après la seule intention qu'elle suppose exister chez la personne, et sans attendre le fait de l'habitation.

Ainsi, d'abord, la femme, par le seul fait de son mariage et à partir du moment même de la célébration, encore que cette célébration se fasse dans un endroit autre que celui où est le domicile du mari, se trouve être domiciliée au même lieu que celui-ci. La loi ne pouvait pas supposer à la femme, ni même lui permettre d'avoir efficacement l'intention de se fixer ailleurs qu'auprès de son époux.

Il y a cependant une exception à la disposition de notre article pour la femme séparée de corps. Celle-ci, en effet, étant formellement autorisée, par le jugement de séparation, à habiter séparément de son mari, et ayant ainsi, non pas seulement sa demeure de fait, mais bien sa *demeure légale,* autre que celle du mari, elle a donc un domicile autre, puisque le domicile est précisément cette demeure légale. Tel était l'ancien droit (3), et la doctrine contraire de Merlin (*Rép.,* v° Domic., § 5) et de M. Zachariæ (I, p. 280) est généralement repoussée (4).

---

(1) Rej., 14 fév. 1855 (Dev., 56, 1, 239).

(2) Dijon, 24 juill. 1828; Bourges, 24 fév. 1831; Rej., 11 juill. 1831, 20 juin 1832; Limoges, 12 mars 1844 (*J. Pal.*, t. XXIII, p. 690; t. XXIV, p. 28 et 1185; Dev., 31, 1, 262 et 694; 44, 2, 622).

(3-4) Pothier (*Instr. gén. aux Cout.*, n° 10); Bouhier (*Cout. de Bourg.*, ch. 22, n° 201); Proudhon et Valette (I, p. 244); Duranton (I, 365); Richelot (I, 242); Demo-

Il est même un cas particulier où la femme mariée peut avoir son domicile propre, sans être séparée de corps ; c'est quand le mari est interdit et que sa femme est nommée sa tutrice. L'interdit, en effet, aux termes de notre article, ne peut avoir de domicile propre ; il est domicilié chez son tuteur. Le mari donc, dans notre hypothèse, serait domicilié chez sa femme. Il en serait autrement, et la femme n'aurait point de domicile propre, si la tutelle du mari interdit appartenait à un autre que cette femme. Ce serait alors chez le tuteur que serait le domicile du mari, et par suite celui de la femme elle-même (1).

Et non-seulement la femme aura un domicile autre que celui du mari, après la séparation de corps prononcée, mais il faut reconnaître avec M. Demolombe (*ibid.*) et l'arrêt de Nîmes précité, que la résidence provisoire qui lui est assignée dès le début du procès par le président constitue déjà, non pas absolument, mais quant au mari, un domicile *ad hoc* auquel ce mari doit remettre les exploits qu'il a à signifier à sa femme. Permettre au mari de se remettre à lui-même, à son propre domicile, les significations qu'il doit faire à son adversaire, comme l'avait fait antérieurement un arrêt d'Aix (2), c'est évidemment se jeter dans l'absurde.

II. — 323. Nous avons dit, sous le n° II de l'art. 103, pourquoi le mineur, tant qu'il n'est pas émancipé, et le majeur quand il est interdit, ne peuvent avoir de domicile propre. Il ne nous reste que quelques mots à ajouter sur cette partie de notre article.

Comme on le voit ici, ce ne sont pas seulement les individus capables, mais aussi les incapables, qui ont un domicile. L'enfant, quelque jeune qu'il soit, a déjà le sien soit chez ses père et mère, soit chez son tuteur. Ceci demande quelque explication.

Tout enfant se trouve avoir un domicile au moment même de sa naissance. Quand c'est un enfant légitime, il a le même domicile que son père, et ce, alors même que sa mère serait séparée de corps d'avec son mari et aurait ainsi son domicile propre ; car c'est le père, tant qu'il vit, qui est revêtu de la puissance paternelle et qui exerce les droits civils de ses enfants. Ainsi, quoique l'enfant fût né au domicile de la mère et continuât d'y demeurer, il n'aurait là qu'une simple résidence. Quand c'est un enfant naturel, il a le domicile de son père, s'il a été reconnu par lui ; celui de sa mère, s'il n'a été reconnu que par elle ; que s'il n'est reconnu ni par l'un ni par l'autre, comme alors il ne se rattache plus, en droit, à aucune personne, c'est par le fait qu'on déterminera son domicile, c'est-à-dire qu'il aura le domicile de la personne qui le prendra à sa charge, que ce soit son père, sa mère ou une personne étrangère, peu importe.

Il va sans dire que nous n'entendons pas parler de la personne qui

---

lombe (I, 358) ; Demante (I, n° 132 *bis*) ; Aubry et Rau (I, § 143, p. 579, note 5) ; Massé et Vergé (I, § 89, note 4) ; Dijon, 28 avril 1807 ; Nîmes, 13 août 1841 ; Orléans, 25 nov. 1848 (Dev., 41, 2, 611 ; 48, 2, 755) ; Nancy, 11 août 1865 (Dev., 65, 2, 324).

(1) Voy. Chaumont, 17 avril 1867 (Dev., 67, 2, 297).

(2) Aix, 15 avril 1839. Voy. Cass., 19 août 1862 (Dev., 39, 2, 391 ; 62, 1, 795).

ne se chargerait de l'enfant que pour en prendre soin, moyennant salaire, et le rendre ensuite à ceux qui le lui auraient confié, d'une nourrice, par exemple. L'enfant n'aurait chez une telle personne qu'une résidence, puisqu'il ne serait chez elle qu'en passant et non pour y rester fixé. Nous parlons d'une personne qui prend cet enfant pour toujours et qui entend le conserver chez elle; on sent qu'alors, l'enfant, par la force même des choses, se trouve fixé au lieu où cette personne est fixée elle-même. Il a donc le même domicile qu'elle, et ce, alors même que cette personne le mettrait en nourrice chez une autre.

Quant à l'enfant qui se trouve en tutelle au moment même de sa naissance, c'est chez son tuteur qu'il est domicilié, et ce, quand même il aurait encore son père ou sa mère. Car ce n'est pas à eux, dans ce cas, que la loi le rattache, mais à son tuteur, qui est chargé de le représenter et d'exercer, en son nom, tous ses droits civils. Ceci, bien entendu, ne l'empêcherait pas de demeurer chez son père ou sa mère; le tuteur, comme nous le verrons au titre de la Tutelle, n'étant chargé que de la *personne civile* et non de la personne physique.

Il suit de ce que nous venons de dire que l'enfant d'un soldat, naissant au régiment, n'aurait pas son domicile au régiment, comme le disent M. Duranton (I, 360) et M. Demolombe (I, 361), mais bien au lieu du domicile de son père, de sa mère, ou de son tuteur, d'après les distinctions ci-dessus. Il n'aurait au régiment qu'une simple résidence (1). Le soldat lui-même, en effet, ainsi que le marin, n'ayant cette qualité qu'en passant, et ayant toujours ou étant présumés avoir l'intention de retourner, quand ils pourront, au sein de leur famille, conservent toujours le domicile qu'ils avaient antérieurement (2). — Dans une instruction du ministre de la guerre, du 24 brumaire an 12, il est bien dit (tit. 2, sect. 2, observation sur l'art. 94) que les enfants de troupe n'ont point d'autre domicile que les drapeaux; mais il faut remarquer qu'il ne s'agit, dans cette observation du ministre, que du domicile quant au mariage, lequel, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas le même que le domicile proprement dit et consiste dans une simple *résidence*. Or, il est évident que c'est bien sous les drapeaux que les enfants de troupe ont toujours été *résidents*.

III. — 324. On voit par ce qui précède que l'on peut souvent être domicilié dans un lieu où l'on n'habite pas et où l'on n'habitera peut-être jamais. Ainsi, un individu domicilié dans une commune voisine de Rouen accepte la fonction de conseiller à la Cour d'appel de cette ville, et continue de demeurer dans la même commune; il n'en sera pas moins domicilié à Rouen. Une femme domiciliée à Paris épouse un commerçant qui a son principal établissement et son domicile à Saint-Denis; elle continue, après son mariage, de résider à Paris dans sa famille; elle n'en est pas moins domiciliée à Saint-Denis. Une veuve, qui a son domicile et sa résidence à Versailles, y accouche d'un enfant qui

(1) Agen, 7 juin 1854; Cass., 21 février 1855 (Dev., 54, 2, 459; 55, 1, 88).
(2) Arrêts de la Cour suprême, 11 vendémiaire an 13, 1er mars 1826; Bordeaux, 4 juin 1862 (Dev., 62, 2, 501).

se trouve en tutelle dès sa naissance et dont le tuteur est domicilié à Paris; cet enfant, qui continuera de demeurer à Versailles avec sa mère, sera domicilié à Paris, et si, postérieurement, le tuteur transporte son domicile à Saint-Cloud, l'enfant aura aussi changé de domicile, bien qu'il soit toujours resté résidant au même lieu. On voit donc que quand nous avons dit, sous le n° I de l'art. 103, que le domicile ne s'acquiert que *facto et animo*, nous avons établi là une proposition qui est vraie en principe, mais à laquelle il y a exception toutes les fois que le domicile est déterminé, non pas d'après l'intention réelle de la personne, mais d'après une intention fictive que la loi lui prête ou lui suppose.

109. — Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison.

325. Dans cet article, encore, la loi détermine elle-même le domicile de la personne, en partant d'une intention qu'elle lui suppose, bien qu'en fait, cette personne puisse avoir une intention contraire. En effet, il peut arriver, et il arrive souvent, qu'un domestique travaillant et demeurant habituellement chez une personne ait l'intention bien arrêtée de n'être là que provisoirement, pour retourner, après quelques années, s'établir dans son pays. Ceci nous prouve de nouveau que, si la loi détermine le domicile d'après l'intention de la personne, ce n'est pas toujours d'après une intention réelle, mais souvent d'après une intention fictive et supposée par la loi elle-même.

Ici, du reste, avec l'intention, le fait de l'habitation concourt. C'est même de ce fait, précisément, que la loi part pour présumer l'intention.

326. Par le rapprochement de l'article précédent, il devient évident que la disposition de notre art. 109 est trop large sous un rapport et trop restreinte sous un autre; en telle sorte qu'elle doit subir une double modification.

En effet, cet article parle de tous les majeurs et ne parle que des majeurs; or, d'un côté, il est des majeurs qui ne peuvent pas avoir de domicile à eux propre, ni chez la personne où ils travaillent, ni ailleurs; ce sont les femmes mariées non séparées de corps. D'un autre côté, il est des mineurs (les mineurs émancipés) qui ont leur domicile propre, et qui, par conséquent, seront soumis à la disposition de notre article.

326 *bis*. C'est à tort, au surplus, comme le fait très-bien observer M. Valette (I, p. 248), que Proudhon fait rentrer sous la règle de notre article le fermier qui vient s'établir dans mon domaine; car mon fermier n'est point un homme à mes gages; il ne me sert point et ne travaille point pour moi, il est chez lui comme tout locataire, et travaille pour lui. Sans doute, la plupart du temps, et à moins de circonstances

particulières, il sera domicilié dans la ferme; mais c'est tout simplement parce qu'il aura là son établissement et nullement d'après la règle de notre article.

110. — Le lieu où la succession s'ouvrira, sera déterminé par le domicile.

327. Tant qu'une succession n'est pas partagée entre les héritiers, elle est considérée par la loi comme un être moral qui a son domicile propre et contre ou pour lequel on peut agir en justice. Ceux donc qui ont des droits à exercer contre le défunt n'ont pas besoin d'aller attaquer les divers héritiers, dispersés peut-être de côté et d'autre, et de les assigner chacun à leur domicile particulier; ils agiront contre la succession, dont le domicile, comme on le voit par notre article et par l'art. 59, 6e alinéa, du Code de procédure, sera celui qu'avait le défunt lors de sa mort.

111. — Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile.

SOMMAIRE.

I. Utilité du domicile conventionnel. Il y a faculté et non pas obligation d'y faire les poursuites, à moins que l'élection n'ait eu lieu dans l'intérêt de celui qui la faisait.
II. L'élection de domicile est quelquefois forcée.
III. Les droits et obligations résultant de l'élection de domicile passent aux héritiers et représentants des parties contractantes.
IV. Que devient le domicile d'élection, quand la personne chez qui on l'avait choisi meurt ou change de domicile?
V. La convention de domicile, comme toute autre, ne résulte que d'une volonté suffisamment manifestée.
VI. On peut avoir plusieurs domiciles conventionnels.

I. — 328. On voit par cet article qu'outre le domicile réel, que toute personne a nécessairement, chacun peut encore, dans chaque circonstance particulière, se choisir un domicile conventionnel. C'est, comme on le comprend, dans le but de faciliter les conventions que cette faculté est accordée. En effet, une personne demeurant à Rouen ne consentirait pas volontiers à passer, avec un individu domicilié à Bordeaux, le contrat que celui-ci sollicite d'elle, si elle avait à craindre d'être forcée, plus tard, d'aller plaider à Bordeaux sur les contestations qui pourraient s'élever. Or, cette crainte disparaîtra au moyen de l'élection de domicile faite à Rouen par le Bordelais. Du reste, la raison et le texte même de la loi nous disent que celui dans l'intérêt duquel l'élection de domicile a eu lieu, n'est pas forcé d'agir à ce domicile; c'est pour lui un bénéfice auquel il peut renoncer. Les poursuites *pourront,* dit l'article, être faites au domicile convenu; elles pourraient

donc aussi l'être au domicile réel, et il est clair que celui qui a élu le domicile ne pourrait pas s'en plaindre, puisqu'on lui éviterait ainsi un déplacement auquel il n'avait consenti que pour la plus grande commodité de son cocontractant. C'est d'ailleurs ce que dit formellement la fin de l'art. 59 du Code de procédure (1).

Toutefois, on comprend qu'il faudrait donner une décision contraire, s'il était manifeste, soit par une déclaration expresse, soit d'après les circonstances, que l'élection de domicile avait été faite dans l'intérêt de chacune des parties, ou dans l'intérêt unique de celui qui la faisait. Dans ce cas, ce serait, de la part de l'autre partie, violer la convention, que d'agir au domicile réel ; elle devra donc agir au domicile élu, ainsi que l'a jugé un arrêt de la Cour d'appel de Rouen, maintenu en cassation le 2 février 1826.

Tout cela se réduit à dire que, dans tous les cas, il faudra se décider d'après l'intention des parties, par la raison que toute convention doit s'exécuter selon la volonté de ceux qui l'ont formée (art. 1134, 1156).

II. — 329. Il est des cas où l'élection de domicile est, non plus simplement facultative, mais rendue obligatoire par la loi, comme on peut le voir par les art. 176 et 2148 du Code civil, et par l'art. 61, 1°, du Code de procédure.

III. — 330. Nous avons déjà dit qu'un héritier est le représentant et le continuateur de la personne à laquelle il succède. Il est donc soumis à toutes les obligations de celle-ci. Il suit de là que, si celui qui avait élu domicile vient à mourir, ce domicile continuera d'exister contre ses héritiers, et que l'on pourra y faire contre eux toutes les notifications et poursuites qu'on aurait pu y faire contre le défunt. Il en serait cependant autrement, bien entendu, s'il résultait d'une clause expresse de l'acte, ou des circonstances, que l'intention des parties était d'établir ce domicile pour la personne seulement qui le créait.

Réciproquement, il n'est pas douteux que le droit qu'a l'autre partie de poursuivre au domicile conventionnel, passerait à ses héritiers et aussi à ses cessionnaires, donataires ou ayants cause ; car ceux-ci sont, quant à la créance ou droit quelconque à eux transmis, les représentants de celui qui a contracté, et ils ont, par conséquent, la même faculté que lui (Colmar, 5 août 1809).

IV. — 331. Que faudra-t-il décider, si c'est la personne chez qui le domicile est élu qui vient à mourir ? Il faudra distinguer : si, dans la volonté de celui qui l'a choisi, c'est en considération de la personne même que le domicile a été établi, il cessera d'exister par la mort de cette personne ; mais alors, la partie qui avait demandé cette élection de domicile pourra exiger de son cocontractant qu'il en choisisse de suite un autre dans la même localité. Si, au contraire, c'est moins à la personne qu'à telle maison ou à tel établissement qu'on s'est attaché ; par exemple, si c'est en l'étude du notaire où l'acte a été reçu,

(1) *Conf.* Cass., 12 août 1868 (Dev., 68, 1, 597).

ou dans le bureau de tel fonctionnaire qu'on a établi le domicile, il continuera après la mort ou la démission de la personne. Que si l'étude ou l'établissement, quel qu'il soit, venait à être supprimé, il est clair que le domicile n'existerait plus et qu'il y aurait lieu d'en exiger un nouveau.

Cette intention de s'attacher à la maison elle-même ne serait pas douteuse, si c'était en son propre domicile réel qu'on eût établi le domicile conventionnel. Dans ce cas, le domicile d'élection continuerait d'exister au même endroit, après que la personne aurait transporté ailleurs son domicile réel; c'est là, en effet, le seul sens que pourrait avoir l'élection de domicile faite ainsi (arrêt conforme de la Cour d'appel d'Amiens, du 3 avril 1829; autre de la Cour de cassation, du 24 janvier 1816 (1).

332. Que faut-il dire si c'est la personne chez qui le domicile était élu qui vient elle-même à changer de domicile? Nous appliquerons encore la distinction que nous avons faite plus haut, et nous dirons que, si le domicile n'avait pas été choisi en considération de la personne même, il continuerait au même endroit, malgré son changement, comme il y continuerait malgré sa mort; mais si c'est à cause de la personne elle-même qu'il a été choisi, il est clair qu'il ne peut plus exister dans la maison où il était antérieurement. Mais existera-t-il alors au nouveau domicile de cette personne? Il faut distinguer de nouveau. En effet, si le nouveau domicile de cette personne est éloigné de l'ancien, s'il est dans le ressort d'un autre tribunal, c'est-à-dire dans un autre arrondissement, le domicile d'élection ne peut plus être chez cette personne; il est donc anéanti, et il y a lieu d'en demander un nouveau. Mais si le nouveau domicile de la personne est dans le ressort du même tribunal, si surtout c'est dans la même commune, comme ce changement ne nuit en rien aux intérêts de celui qui avait exigé l'élection, et que, dès lors, on ne peut pas supposer qu'il y ait eu, lors du contrat, la volonté de l'empêcher, le domicile se trouvera toujours chez cette personne.

Comme on le comprend, c'est d'après l'intention présumée des parties que devront se décider les questions qui se présenteront sur cette matière; lors donc que ces parties auront clairement exprimé leur volonté et prévu les diverses circonstances qui pourraient se présenter, il ne pourra s'élever à ce sujet aucune difficulté.

V. — 333. Du reste, il est clair que, pour établir un domicile de convention, il faut, comme pour former tout autre contrat, qu'il y ait, ou une déclaration formelle, ou un ensemble de circonstances qui ne laisse pas de doute sur la volonté de la personne. Ainsi, par exemple, de la circonstance qu'on aurait indiqué tel lieu pour recevoir le payement d'un billet ou le remboursement d'un emprunt, il ne résulterait pas qu'on a entendu faire dans ce lieu élection de domicile. Cette

(1) Proudhon (I, 240); Demolombe (I, n° 375, § 3); Aubry et Rau (4e édit., I, § 146, p. 588); Massé et Vergé (I, p. 128); Poitiers, 22 mai 1856 (Dev., 57, 2, 104).

circonstance, en effet, ne prouve pas que telle soit la volonté du débiteur (1).

VI. — 334. On comprend parfaitement que, quand nous avons dit plus haut qu'on ne peut jamais avoir deux domiciles, nous ne parlions que du domicile réel. Il est évident, en effet, qu'en outre de ce domicile réel, on peut avoir deux, trois, quatre domiciles conventionnels ou plus.

RÉSUMÉ DU TITRE TROISIÈME

DU DOMICILE.

I. — Le *domicile* est le siége, purement moral et juridique, que la loi attribue à chaque personne pour l'exercice des droits existants pour ou contre cette personne.

Le domicile est *politique* ou *civil*, selon qu'il s'agit de l'exercice des droits politiques ou de l'exercice des droits civils. C'est du dernier seulement qu'il est question dans ce titre.

On distingue le domicile civil ordinaire et le domicile quant au mariage. Ce dernier s'établit par six mois d'habitation et consiste, par conséquent, dans une simple résidence.

Quant au domicile proprement dit, il diffère essentiellement d'une résidence. En effet, il est au lieu où l'on est plus spécialement fixé, pour lequel on a plus de prédilection, et auquel on a toujours l'idée de revenir, alors qu'on en est éloigné pour un temps plus ou moins long (art. 102).

II. — Le domicile, d'après cela, ne peut se déterminer que par l'intention de la personne. Mais, dans plusieurs cas, c'est la loi qui l'établit directement, d'après une intention fictive qu'elle prête aux personnes, et alors, évidemment, il n'y a plus lieu de s'inquiéter de l'intention réelle, ni de la rechercher. Au contraire, dans les cas ordinaires, et quand c'est de l'intention réelle que résulte le domicile, il est besoin de rechercher cette intention. Lorsque cette intention ne sera pas manifestée par la déclaration qui, dans le vœu de la loi, doit être faite à la mairie, on l'établira par les circonstances, dont l'appréciation, en cas de contestation, est laissée aux tribunaux (art. 102-105).

Chaque enfant se trouve avoir un domicile en naissant. Il l'a chez son père, si c'est un enfant légitime, ou un enfant naturel que le père ait reconnu; chez sa mère, si cet enfant naturel n'a été reconnu que par celle-ci; que s'il n'est reconnu ni par son père ni par sa mère, il l'aura chez la personne qui le prendra à sa charge. Enfin, si cet enfant se trouve en tutelle au moment de sa naissance, il aura son domicile chez son tuteur (art. 108).

(1) Colmar, 9 juill. 1806; Cass., 29 oct. 1810, 10 avril 1861 (Dev., 61, 1, 532). *Contrà:* Rouen, 25 mai 1857 (Dev., 58, 2, 48).

III. — Ce domicile d'origine, et en général tout domicile, ne peut se perdre sans qu'un autre soit acquis et vienne le remplacer; réciproquement, un domicile postérieur ne peut être acquis sans que le premier cesse d'exister. En effet, d'après la théorie de la loi, il ne peut y avoir ni perte de domicile ni acquisition pure d'un domicile nouveau : il ne peut y avoir que remplacement d'un domicile par un autre, c'est-à-dire *changement* de domicile. Il suit de là que personne ne peut avoir deux domiciles, ni n'en avoir aucun (art. 103, III).

Toutefois, il peut y avoir, par exception très-rare, perte pure et simple du domicile, et alors la personne sera nécessairement sans domicile. Alors encore, il y aura lieu à l'acquisition, aussi pure et simple, d'un domicile postérieur. Cette acquisition pure et simple a encore lieu nécessairement pour le domicile d'origine. Quant à la règle qu'on ne peut avoir plusieurs domiciles, elle ne souffre jamais exception; mais il peut arriver que les choses se passent vis-à-vis d'une personne comme si elle avait plusieurs domiciles, bien qu'en réalité elle n'en ait qu'un (*ibid.*, IV).

IV. — Le domicile, une fois acquis, se conserve *solo animo,* par la seule volonté de la personne, et sans qu'il soit besoin d'une résidence actuelle. Pour son acquisition, au contraire, il faut, en principe, le concours de l'habitation réelle dans le nouveau lieu et de l'intention d'y rester fixé (art. 103, I). Mais ce principe souffre encore exception toutes les fois que c'est la loi elle-même qui prête à la personne l'intention d'avoir tel domicile.

Ainsi, 1° le citoyen qui accepte des fonctions à vie se trouve, par le seul effet de l'acceptation, perdre son domicile et en acquérir un autre, au lieu où les fonctions doivent être exercées (art. 107).

2° Les personnes qui sont, ou que la loi déclare, incapables d'avoir un domicile propre, ayant toujours leur domicile chez la personne à laquelle elles se trouvent attachées (la femme mariée, celui de son mari, excepté quand elle est séparée de corps ou tutrice de son mari interdit; l'interdit, celui de son tuteur; le mineur ou émancipé, aussi celui de son tuteur, ou, s'il n'est pas encore en tutelle, celui de son père ou de sa mère, ou de la personne qui le prend à sa charge, d'après les distinctions ci-dessus); ces personnes, disons-nous, ayant toujours le même domicile que la personne à laquelle la loi les rattache, il s'ensuit qu'elles pourront acquérir un domicile sans aucune habitation réelle, et changer plusieurs fois de domicile sans cesser un instant d'habiter au même lieu (art. 108).

Dans ces différents cas, le domicile antérieur est anéanti et le deuxième est créé par le seul effet de l'intention fictive que la loi suppose à la personne, et nonobstant le concours possible d'une intention réelle contraire et d'une résidence également contraire. Du reste, il est un cas où l'intention, bien que supposée encore par la loi, concourt cependant forcément avec le fait de l'habitation, puisque c'est en partant de ce fait que la loi présume alors l'intention. Ce cas est celui où des individus, capables d'avoir un domicile propre, travaillent et

demeurent habituellement chez autrui. Ils sont déclarés par la loi domiciliés chez la personne où ils travaillent. Mais si, dans ce cas, l'intention prêtée par la loi est conforme à l'habitation, elle peut bien, comme dans les autres cas, être contraire à l'intention réelle de la personne (art. 109).

V. — Les principaux effets du domicile sont de déterminer : 1° le lieu où s'ouvre la succession ; 2° celui où les exploits de toute espèce peuvent être signifiés valablement et comme s'ils l'étaient à la personne même ; 3° le tribunal devant lequel une personne peut être assignée en matière personnelle. En matière réelle, c'est au tribunal dans l'arrondissement duquel l'immeuble est situé (art. 110 et observation prélim. du titre).

VI. — Outre le domicile réel, chacun peut se choisir, pour une affaire particulière, pour l'exécution d'un contrat, par exemple, un domicile conventionnel auquel pourront se faire les significations et poursuites tendant à cette exécution.

Les diverses questions qui pourraient se présenter, relativement au domicile ainsi choisi, devront toutes se résoudre d'après l'intention qu'auront eue les parties en contractant. Elles se résumeront toujours, en effet, en une interprétation de convention (art. 111).

TITRE IV

DES ABSENTS.

(Décrété le 15 mars 1803. — Promulgué le 25.)

335. Il peut arriver qu'une personne, à dessein ou autrement, disparaisse de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue ; il se peut aussi que, partie d'abord en informant ses parents ou amis des causes de son éloignement, elle cesse ensuite de donner de ses nouvelles, sans qu'aucune circonstance vienne expliquer son silence. Dans l'un et l'autre cas, il y a incertitude sur le point de savoir si cette personne est morte ou existe encore. Or, l'intérêt de cette personne, si elle existe encore, celui de ses créanciers et de ses héritiers présomptifs, celui de la société même, à qui il importe que la propriété des biens ne soit jamais en suspens et leur administration en souffrance, demandaient qu'on s'occupât de la surveillance, et, s'il y a lieu, de la transmission des biens par elle laissés ; le législateur a donc dû prévoir ces cas. C'est de ces personnes, sous le nom d'*absents,* que la loi traite dans le présent titre.

Le mot *absent* n'a donc pas ici la même signification que dans le langage ordinaire, où il est synonyme de *non présent*. Dans ce titre il signifie un individu sur l'existence duquel il y a incertitude.

Ce n'est même là que la signification générique du mot. Car, dans un sens plus restreint, la loi appelle spécialement *absent* celui dont l'absence a été constatée et proclamée par un jugement exprès, après l'échéance des délais voulus et l'accomplissement des précautions et des formalités qu'elle a crues nécessaires; quant aux autres, elle les désigne par le nom de *présumés absents*.

336. Notre titre, dont la division du reste est très-peu logique, comme on le verra, est partagé en quatre chapitres.

Le premier s'occupe de la présomption d'absence.

Le deuxième, de la déclaration judiciaire d'absence.

Le troisième, des effets de l'absence déclarée; mais il contient des dispositions communes et au cas d'absence déclarée, et au cas d'absence simplement présumée.

Le quatrième enfin traite des effets de l'absence présumée, quant aux enfants mineurs laissés par l'absent.

On comprend, dès à présent, que le chapitre premier et le chapitre quatrième auraient dû n'être que les deux sections d'un même chapitre, du chapitre premier, qui aurait parlé de la présomption d'absence et de tous ses effets. Il en devrait être de même des chapitres 2 et 3, qui auraient formé un chapitre 2, traitant de la déclaration d'absence et de tous ses effets. On aurait ainsi rejeté, dans un chapitre troisième et dernier, les dispositions communes et à la présomption, et à la déclaration d'absence.

Nous suivrons cependant ici, comme toujours, l'ordre des articles, sauf à présenter une classification plus méthodique dans notre résumé.

337. Ce titre, nous croyons devoir le dire en commençant son explication, est l'un des plus difficiles à étudier de tout notre Code. L'incertitude qui règne partout sur la vie ou la mort de l'absent donne à prévoir ou à examiner tant d'hypothèses diverses; les suppositions nécessaires, tantôt de vie, tantôt de mort, amènent tant de mesures, quelquefois définitives, le plus souvent provisoires seulement; la succession de ces mesures, où le provisoire n'est remplacé souvent que par du provisoire encore, se trouve parfois si compliquée, que l'ensemble de cette matière apparaît comme un labyrinthe où le lecteur se perdra infailliblement, s'il ne le parcourt constamment avec l'attention la plus soutenue. Un coup d'œil jeté sur le sommaire de l'art. 124 pourra suffire pour donner une idée du travail que ce titre exige pour être bien compris.

C'est à cause de cette grande difficulté de la matière et pour concentrer plus fortement notre attention et celle du lecteur sur chacune des idées principales et sur leur combinaison, que nous avons cru devoir être ici très-sobre de questions de détails et de citations d'auteurs ou d'arrêts. Nous avons pensé qu'ici, plus qu'ailleurs, il fallait apporter un soin minutieux à classer logiquement les idées, à creuser le sujet plus avant qu'on ne l'avait fait jusque-là, afin de graver mieux ces principes dans l'esprit et de les rattacher entre eux plus solidement. —Nous

pouvons espérer avoir à peu près atteint ce but, puisque, dans un compte rendu dont a été l'objet le consciencieux ouvrage de M. Demolombe, et dans lequel on met en relief les éminentes qualités de son travail, nous lisons que pendant que les autres auteurs *laissent tout à fait cette matière sur le second plan,* notre commentaire *l'approfondit et la discute avec soin, et que ses doctrines et ses divisions ont plus d'une fois inspiré M. Demolombe* dans son excellent *Traité des absents* (*Rev. de législ.,* t. III de 1845, p. 118 et 119).

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

112. — S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées.

SOMMAIRE.

I. Même quand il existe un mandataire, l'absence donne lieu de prendre certaines mesures après un long délai.
II. Il se peut qu'il n'y ait aucune mesure à prendre sur-le-champ, quoiqu'il n'y ait pas de procureur; et, réciproquement, il peut y avoir des mesures à prendre de suite, quoiqu'un mandataire soit présent.
III. Les parties intéressées sont ici des créanciers, locataires, associés, etc.
IV. Moyen, pour les héritiers présomptifs, de faire pourvoir à l'administration des biens.
V. C'est le tribunal de la situation des biens qui doit ordonner les mesures; mais il ne le peut que quand le tribunal du domicile a constaté la présomption d'absence. Dissentiment avec M. Demante.
VI. Formes à suivre pour provoquer la décision du tribunal.
VII. Le tribunal peut nommer un curateur à l'absent, s'il le juge à propos.

I. — 338. Lorsqu'une personne qui s'est éloignée, même avec des circonstances extraordinaires, a laissé un mandataire chargé de l'administration de ses biens, il est clair qu'il n'y a pas lieu, pour la justice, à s'occuper de cette administration. Toutefois, même dans ce cas d'un procureur laissé par l'individu, si son absence se prolonge trop longtemps, c'est-à-dire pendant dix années, il y aura lieu, aux termes de l'art. 121, à demander la déclaration d'absence, laquelle, d'après l'art. 115, pourrait être demandée après quatre ans, s'il n'existait pas de procureur.

II. — 339. S'il n'y a pas de procureur et que l'administration des biens souffre, le tribunal peut, d'après notre article, prendre toutes les mesures qu'il jugera convenables. Mais il faut, aux termes mêmes de la loi, qu'il y ait nécessité. Si donc un parent ou un ami de l'absent est là, qui veille à la réparation des biens, à leur location, au payement des créanciers que l'absent pourrait avoir, et qu'en conséquence, personne n'élève de plaintes, il n'y aura aucune mesure judiciaire à prendre. Aussi n'est-ce que sur la *demande des parties intéressées* que le tribunal devra statuer.

Au contraire, encore bien qu'un procureur eût été laissé par l'absent, si ce procureur n'avait pas des pouvoirs assez étendus pour faire face à tous les besoins de l'administration, il est clair qu'il faudrait, quant à ce que ne comprend pas le mandat, agir comme si ce mandat n'existait pas; car il serait vrai de dire que, sous ce rapport, il n'y a pas de procureur.

III. — 340. Les parties intéressées dont parle notre article seraient, comme on le comprend, des créanciers qui verraient dépérir et diminuer les biens qui sont le gage de leurs créances (art. 2093) ; des locataires pour réparations urgentes; des associés du présumé absent et tous autres ayant un intérêt né et actuel. En effet, toutes les fois que la loi parle d'*intéressés,* c'est de personnes ayant un intérêt actuel qu'il s'agit.

Notre article, donc, sous le nom de parties intéressées, ne comprend pas les héritiers présomptifs du présumé absent, fût-ce même ses enfants. Car ceux-ci n'ayant actuellement sur les biens aucun droit acquis, mais seulement une espérance, ne sauraient avoir d'intérêt né et actuel. Sans doute, il se pourrait qu'on eût tout à la fois et un intérêt actuel et la qualité d'héritier présomptif, et alors on aurait droit d'agir; mais ce sera toujours l'intérêt actuel et non le titre d'héritier qui donnera ce droit (1).

IV. — 341. Pourtant, il se pourrait que les biens fussent en souffrance, sans qu'il existât aucun créancier ni autre individu ayant intérêt actuel et, dès lors, qualité pour s'adresser à la justice et faire pourvoir à l'administration. Or, on ne pourrait pas laisser durer un pareil état de choses; l'intérêt du présumé absent, s'il vit encore, celui de ses héritiers, s'il est mort, dans tous les cas, celui de la société s'y opposent. Aussi la loi nous offre-t-elle un moyen de faire statuer par le tribunal, même dans ce cas.

En effet, le présumé absent étant toujours réputé vivant, il a, lui, intérêt né et actuel à la bonne administration de ses biens; or, d'après l'art. 114, le ministère public est chargé de veiller aux intérêts des présumés absents; il pourra donc agir d'office, pour faire ordonner les mesures nécessaires, et les héritiers présomptifs du présumé absent pourront s'adresser à lui et lui faire connaître l'état des choses, pour provoquer son action.

V. — 342. Mais quel est le tribunal auquel devront s'adresser les parties intéressées pour faire prendre les mesures nécessaires?

Ces mesures doivent être ordonnées, tout naturellement, par le tribunal de la situation des immeubles pour lesquels on les sollicite. Mais il n'y aura pas toujours lieu de s'adresser tout d'abord à ce tribunal.

En effet, la loi ne permet aux tribunaux de s'occuper de l'administration des biens d'une personne, qu'autant qu'il y a nécessité de le

---

(1) *Contrà :* Demolombe (II, 26); Aubry et Rau (4ᵉ édit., I, § 149, p. 596); Massé et Vergé (I, § 95, p. 136, note 6).

faire et que la personne est en présomption d'absence. Avant donc qu'un jugement puisse ordonner aucune mesure, il faut qu'il soit constaté : 1° que l'individu a disparu depuis quelque temps, sans qu'on sache ce qu'il est devenu; et 2° que ses biens sont en souffrance. Or, si ce second point peut être constaté par le tribunal de la situation des biens, le premier ne peut l'être que par celui du domicile de la personne, qui seul est à même de recueillir à ce sujet les renseignements nécessaires. C'est donc au tribunal du domicile qu'il faut d'abord s'adresser, pour faire constater la présomption d'absence, puis on s'adressera ensuite au tribunal de la situation, s'il est différent, de sorte que, dans ce cas, deux jugements seront rendus. Que si le même tribunal est tout à la fois celui du domicile et celui de la situation des biens, il est clair qu'il suffira d'un seul jugement.

C'est ainsi que notre article a été entendu par les rédacteurs du Code; car la nécessité de deux jugements, pour le cas que nous avons indiqué, a été hautement proclamée dans les discussions au Conseil d'État. Malgré cette circonstance, M. Demante, se fondant sur ce que cette pensée des rédacteurs ne s'est point trouvée formulée en une disposition expresse, pense qu'un seul jugement suffira toujours et qu'on ne sera jamais tenu de s'adresser qu'au tribunal qui doit ordonner les mesures à prendre (*Encyclopédie du Droit*, v° Absence).

Nous ne saurions nous ranger à ce sentiment. Pour qu'un tribunal puisse ordonner des mesures dans les cas de notre article, il faut, d'après cet article même, qu'il s'agisse des biens d'une personne *présumée absente;* or, ce n'est pas le tribunal de Strasbourg, par exemple, qui peut examiner et décider si une personne, dont le domicile, la famille, le centre des affaires se trouvent à Dieppe, est ou n'est pas en présomption d'absence. Il pourrait la reconnaître telle au moment même qu'elle est de retour!... C'est donc seulement sur le vu de la constatation donnée par le tribunal de Dieppe, que d'autres tribunaux pourront, selon nous, ordonner les mesures nécessaires.

Du reste, il n'est pas nécessaire, on le conçoit, que le tribunal du domicile rende un jugement nouveau à chaque fois qu'il sera question d'ordonner quelque mesure; celui obtenu pour telle circonstance suffira pour les circonstances subséquentes, pourvu, bien entendu, qu'elles se présentent après un laps de temps assez court pour qu'il n'y ait pas lieu de penser que l'absent puisse être revenu dans l'intervalle (1).

VI. — 343. D'après l'art. 859 du Code de procédure, pour provoquer, dans le cas de notre article, la décision du tribunal, on présente une requête, avec les pièces justificatives, au président, qui commet un juge pour faire le rapport, puis le jugement est prononcé sur les conclusions du procureur de la République.

VII. — 344. C'était autrefois un usage universellement admis de

(1) *Conf.* Demolombe (II, 20); Aubry et Rau (4e édit., I, § 149, p. 595); Massé et Vergé (I, 95, p. 135).

donner à l'absent, sur la demande des parties intéressées, un curateur qui, jusqu'à l'envoi en possession dont va parler le chapitre suivant, était chargé de réaliser toutes les mesures et d'accomplir tous les actes que demandait l'intérêt de cet absent. Rien, dans notre Code, n'exige cette nomination du curateur; mais rien non plus ne s'oppose à ce qu'elle ait lieu. La généralité des termes de notre article permet aux tribunaux de désigner, d'après cet ancien mode, un mandataire chargé, une fois pour toutes, de prendre les diverses mesures nécessaires, comme elle leur permet de n'ordonner chaque mesure particulière qu'à chaque fois que besoin sera (1).

113. — Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seront intéressés.

SOMMAIRE.

I. Cette nomination de notaire n'a pas lieu si l'absent a laissé un mandataire général.
II. Un seul notaire ne peut représenter plusieurs absents pour la même opération. Le notaire qui représente un absent ne peut pas instrumenter dans la même opération.
III. Le tribunal peut aussi commettre un notaire pour *provoquer*, au nom de l'absent, les opérations dont il s'agit.
IV. C'est le tribunal de la succession ou de la société qui nommera le notaire; mais après que celui du domicile aura constaté la présomption d'absence.
V. Les successions que l'article a en vue sont seulement celles non encore liquidées, mais déjà ouvertes, lors de la disparition du présumé absent.

I. — 345. L'article précédent s'occupe en général de toutes les mesures, quelles qu'elles soient, que peut demander l'intérêt du présumé absent, et il laisse à cet égard la plus grande latitude aux tribunaux. Celui-ci prévoit un cas particulier; il s'agit de partages, de comptes, etc., dans lesquels le présumé absent serait intéressé, et c'est alors un notaire que le tribunal doit désigner pour le représenter. On comprend, du reste, que cette mesure particulière, comme toute autre, ne devrait pas être prise, si le présumé absent avait laissé un mandataire général, puisque ce mandataire aurait qualité pour représenter l'absent dans l'opération, et que, comme nous l'avons vu, les tribunaux ne doivent s'immiscer dans les affaires des absents qu'autant qu'il y a *nécessité*.

II. — 346. L'esprit de notre article est certainement qu'un seul notaire ne pourrait représenter à la fois plusieurs présumés absents.

L'art. 942 du Code de procédure, au titre de l'Inventaire, dit bien qu'il doit être fait en présence de tous les intéressés, et que, cependant, ceux qui demeurent au delà de cinq myriamètres pourront tous être représentés *par un seul* notaire, nommé par le président du tribunal. Mais on conçoit qu'il n'y a aucune analogie entre les deux cas : dans l'art. 942, il s'agit seulement d'une levée de scellés et de l'inventaire

(1) *Conf.* Duranton (I, 406); Demante (*Encycl.*, n° 51); Demolombe (II, 36).

qui la suit, et les intéressés sont de simples *non présents* qui sont là, à quelque distance, et qui vont se présenter en personne au premier moment ; ici, il s'agit de représenter *des absents* dans des opérations importantes où chaque partie peut avoir un intérêt opposé ; aussi, ce n'est plus seulement une ordonnance du président, c'est un jugement du tribunal qui commettra le notaire.

Le notaire ainsi commis ne pourrait pas instrumenter comme notaire dans les opérations où il agit comme représentant d'un absent ; la loi des 29 septembre et 6 octobre 1791 (tit. Ier, sect. 2, art. 7) le défendait expressément. Et, en effet, la qualité de mandataire d'un individu, partie dans un acte, n'est pas compatible avec celle d'officier public recevant cet acte. Un officier public doit être l'homme de toutes les parties et n'être pas chargé plus spécialement des intérêts de celle-ci que de telle autre. Donc, du moment que le notaire, par sa qualité de représentant de l'absent, devient l'une des parties intéressées à l'acte, il ne peut plus être officier public compétent pour rédiger cet acte.

III. — 347. Notre article ne semble avoir en vue que des comptes, inventaires, etc., provoqués par d'autres contre l'absent. Cependant, il n'est pas douteux que le tribunal ne pût aussi, si l'intérêt du présumé absent le demandait, commettre un notaire pour provoquer lui-même ces opérations au nom de l'absent. L'esprit de la loi ne peut laisser d'incertitude sur ce point ; et, à défaut de notre article, si on le trouvait insuffisant pour motiver cette décision, nous l'appuierons sur l'article précédent, qui veut que les tribunaux prennent toutes les mesures que peut exiger l'administration des biens du présumé absent, et ce sur la demande des parties intéressées. Si donc il n'existait aucun individu ayant intérêt actuel et, par conséquent, qualité pour saisir le tribunal de cette demande, ce droit appartiendrait au ministère public, d'après ce que nous avons dit à l'art. 112, n° IV.

Mais, bien entendu, le pouvoir donné au notaire, de représenter le présumé absent dans un partage, n'emporterait pas de plein droit celui de provoquer le partage ; il faudrait que le pouvoir portât expressément sur ce dernier point.

IV. — 348. Des inventaires, des comptes, liquidations ou partages peuvent être nécessaires, soit lors de l'ouverture d'une succession, soit lors de la dissolution d'une société. C'est au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, ou de l'établissement de la société, qu'il appartiendra de commettre le notaire ; mais il faut faire ici la même remarque que plus haut, art. 112, n° V, savoir : qu'un seul jugement suffira, si ce tribunal est en même temps celui du domicile du présumé absent ; que, dans le cas contraire, il faudra deux jugements, l'un du tribunal du domicile de l'absent, pour constater la présomption d'absence, l'autre du tribunal de la société ou de la succession, pour commettre le notaire. Cependant, il est clair que si ce besoin de commettre un notaire se manifestait peu de temps après qu'un jugement du tribunal du domicile de l'absent aurait déjà constaté cette présomption d'absence, il ne serait pas nécessaire de lui en demander un nouveau ; il suffirait de

se présenter directement devant le tribunal du lieu de la société où de la succession avec le jugement déjà obtenu au tribunal du domicile.

Il en serait autrement si un intervalle assez long s'était écoulé depuis l'obtention de ce jugement; car il se pourrait fort bien que, dans cet intervalle, on eût reçu des nouvelles de l'absent ou qu'il fût même de retour, de sorte que la présomption d'absence aurait cessé. Ainsi, le jugement obtenu en 1833 au tribunal de Dieppe, où était domicilié le présumé absent, et qui serait présenté en 1836 au tribunal de Metz, où l'on n'est guère en état de savoir ce qui se passe au domicile de l'individu, ne prouverait certainement pas à ce dernier tribunal qu'à cette dernière époque l'individu est encore en présomption d'absence.

V. — 349. Remarquons que, pour qu'il soit question de représenter un présumé absent dans les opérations auxquelles donne lieu l'ouverture d'une succession, il faut qu'il s'agisse d'une succession ouverte avant sa disparition. En effet, d'après la disposition de l'art. 136, toute succession est exclusivement dévolue à ceux dont l'existence est constante lors de son ouverture. Il est bien vrai que cette dévolution n'est que provisoire, et que si, plus tard, celui dont l'existence était douteuse, ou que l'on croyait mort, reparaît, il pourra, s'il n'y a pas eu prescription, exercer ses droits et reprendre ce qu'il aurait eu s'il eût été présent lors de l'ouverture. Mais jusqu'à ce que son existence soit prouvée, ceux avec qui il eût concouru garderont toute la succession. — Notre article ne peut donc avoir en vue que les successions non encore liquidées, mais déjà ouvertes, lors de la disparition du présumé absent.

Cependant, si ceux avec lesquels le présumé absent concourrait s'il était présent veulent bien ne pas user de leur droit et consentent à lui attribuer sa part de la succession, parce qu'ils espèrent qu'il reviendra bientôt, ce sera encore le cas de le faire représenter, au vœu de notre article.

114. — Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent.

349 *bis*. L'ordre public et l'intérêt général ne sauraient exister sans la bonne administration des propriétés privées et le bien-être des particuliers; on devait donc donner au ministère public, mandataire de la société, le droit d'agir au nom des absents, toutes les fois que leur intérêt le demanderait (1).

349 *ter*. La présomption d'absence, dont la loi traite dans ce chapitre, peut finir de trois manières :

1° Par la preuve acquise de l'existence de l'absent, soit qu'il reparaisse, soit qu'il donne de ces nouvelles;

---

(1) *Conf.* Aubry et Rau (4e édit., I, § 149, p. 596); Massé et Vergé (I, § 95, p. 136); Demolombe (II, n° 29).

2° Par la preuve du décès de l'absent;

3° Par le jugement de déclaration d'absence, de l'obtention et des effets duquel la loi va parler dans les deux chapitres suivants.

CHAPITRE II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

115. — Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée.

SOMMAIRE.

I. Ici les mesures sont dans l'intérêt presque exclusif de ceux qui les demandent. — Rédaction vicieuse de l'article. — Quand il y a un procureur, la déclaration ne peut être demandée qu'après dix ans.

II. Les parties intéressées sont ici les héritiers présomptifs, non pas ceux du jour de la demande en déclaration, mais ceux du jour de la disparition, ou leurs représentants.

III. Si, depuis sa disparition, l'absent a donné des nouvelles, le délai de quatre ou dix ans se calcule à partir de ces nouvelles, et non pas du jour de leur réception, mais du jour de leur date. — Dissentiment avec Delvincourt et M. Duranton.

IV. C'est au tribunal du domicile qu'il faut s'adresser, comme pour faire constater la présomption. — On suit aussi la même forme.

V. L'absence proprement dite, à la différence de la présomption d'absence, ne commence jamais que par le jugement qui la prononce.

I. — 350. Pendant la présomption d'absence, les mesures que peut ordonner le tribunal sont prises aussi bien dans l'intérêt de l'absent lui-même, que dans celui des individus qui les sollicitent. Ici, il en est autrement; c'est surtout dans l'intérêt de ceux qui la demandent, que la déclaration d'absence est prononcée; et si, comme on le dira plus loin, l'absent lui-même s'y trouve intéressé, ce n'est que d'une manière indirecte. Cette déclaration, en effet, donne lieu à l'exercice (provisoire seulement, bien entendu) de tous les droits subordonnés au décès de l'absent, et elle a, dans tous les cas, pour effet irrévocable de priver cet absent d'une portion notable de ses revenus. La loi ne devait donc pas permettre que cette déclaration s'obtînt aussi facilement que les mesures dont elle s'occupe dans le chapitre précédent. Aussi, faut-il qu'un délai assez long se soit écoulé sans nouvelles, pour qu'on puisse se pourvoir en déclaration d'absence.

Si l'on s'en tenait seulement à notre article, on dirait que ce délai sera toujours de quatre ans; mais sa disposition est trop générale et doit être modifiée par celle de l'art. 121. D'après ce dernier, la déclaration d'absence ne peut être demandée qu'après un délai de dix ans, depuis les dernières nouvelles, quand l'absent a laissé une procuration; de sorte que c'est seulement quand il n'en a pas laissé, que la demande peut être formée après quatre ans.

II. — 351. Les parties intéressées ne sont plus ici les mêmes personnes que dans l'art. 112. Dans cet article, il s'agissait de créanciers, d'associés, de locataires et non pas des héritiers présomptifs; ici, au contraire, c'est précisément des héritiers présomptifs qu'il s'agit, puisque la déclaration d'absence se demande pour faire arriver la possession des biens à tous ceux qui prendraient définitivement ces biens, si l'absent était mort.

Du reste, il est évident que ce ne sont pas ceux qui sont héritiers présomptifs au jour de la demande, qui peuvent former cette demande, mais bien ceux qui l'étaient au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, ou bien leurs représentants.

Ainsi, Pierre disparaît en juin 1820, sans laisser de procuration, et en juin 1824 on n'a encore reçu de lui aucunes nouvelles : la déclaration d'absence peut être demandée; mais par qui? Pierre, au moment de son départ, avait pour héritier présomptif Paul, son cousin germain, et, par conséquent, son parent au quatrième degré; il avait aussi un autre cousin, Louis, parent au sixième degré, et que Paul aurait écarté de la succession. Aujourd'hui il s'agit de demander la déclaration d'absence, Paul est mort, laissant pour héritier un cousin qui n'est peut-être pas parent de Pierre, l'absent; de sorte que si la succession de cet absent s'ouvrait aujourd'hui, ce serait Louis qui y viendrait. Eh bien! ce ne sera pas Louis qui pourra demander la déclaration d'absence, mais bien l'héritier de Paul. En effet, cette déclaration et l'envoi en possession qui en est la suite, sont fondés sur ce qu'il y a quelque probabilité que l'individu qui a disparu est mort. Mais si l'on peut présumer qu'il est mort, on doit présumer qu'il l'est, non pas d'aujourd'hui, mais du moment même qu'il a disparu. Or, si sa succession s'était effectivement ouverte à ce moment de la disparition, ce serait Paul qui l'aurait recueillie et qui l'aurait transmise avec la sienne à son héritier. C'est donc cet héritier de Paul qui doit être envoyé en possession, puisque c'est à lui que les biens appartiendront définitivement, si l'absent ne reparaît jamais. C'est donc lui qui a qualité pour demander la déclaration d'absence. L'art. 120 dit formellement que ce sont ceux qui étaient héritiers présomptifs de l'absent *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles*, qui pourront se faire envoyer en possession de ses biens, et nous devons ajouter que, si ces héritiers présomptifs n'existent plus, c'est à leurs représentants que ce droit appartient.

Il est évident qu'il en serait autrement et que ce serait Louis qui pourrait faire déclarer l'absence et obtenir l'envoi, si c'était avant le départ de l'absent que le cousin du quatrième degré fût mort.

III. — 352. Lorsque, depuis sa disparition, l'absent a donné des nouvelles, il est clair que ce n'est plus au moment de la disparition, mais à la date des nouvelles, qu'il faut s'attacher, puisqu'il est, dès lors, constant qu'à cette dernière époque, l'absent vivait encore. C'est donc de la date des dernières nouvelles qu'il faudra partir pour calculer les quatre ans ou les dix ans après lesquels la déclaration peut être de-

mandée ; et c'est à ceux qui étaient héritiers présomptifs de l'absent à cette même date, ou à leurs représentants, qu'appartient le droit de demander cette déclaration. Notre article, comme on le voit, exige que quatre ans se soient écoulés sans qu'on ait reçu des nouvelles ; et l'article 121 nous dit aussi que, si l'absent a laissé une procuration, la déclaration d'absence ne pourra être poursuivie qu'après dix années révolues, depuis la disparition ou *depuis les dernières nouvelles* (1).

Nous avons dit que c'est *à la date* des dernières nouvelles et non à l'époque de leur réception, qu'il faut s'attacher, pour calculer le délai après lequel la déclaration peut être demandée, et aussi pour déterminer à qui appartient le droit de la demander. En effet, supposons qu'il faille trois mois pour que les nouvelles arrivent du lieu où est l'absent à celui de leur destination, il est clair que si la lettre, datée du mois d'avril, me donne la certitude de l'existence de l'absent à cette époque d'avril, elle ne me prouve nullement qu'il soit encore vivant au mois de juillet, alors que cette lettre me parvient. Delvincourt et M. Duranton (I, 414) commettent donc une erreur, quand ils enseignent qu'il faut s'attacher au moment de la réception (2).

IV. — 353. Ici, comme dans le cas où il s'agit de constater la simple présomption d'absence, et par le même motif, c'est le tribunal du domicile qu'avait l'absent, qui doit être saisi de la demande. La forme à suivre est aussi la même, d'après l'art. 60 du Code de procédure. Il faut donc se reporter à ce que nous avons dit à ce sujet sous l'art. 112.

V. — 353 *bis*. Il peut très-bien arriver, comme on le conçoit facilement, que le laps de temps exigé après la disparition ou les dernières nouvelle se soit écoulé, et qu'en conséquence, il y ait lieu de demander la déclaration d'absence, sans qu'un jugement ait constaté la présomption d'absence. La présomption d'absence, tout comme l'absence proprement dite, ne peut être *constatée* que par un jugement ; mais la présomption, sans être constatée, *existe* cependant, elle résulte du seul défaut de nouvelles ; au contraire, l'absence ne commence qu'avec le jugement qui la déclare. Jusqu'à cette déclaration, et quel que soit le délai écoulé depuis la disparition où les dernières nouvelles, c'est toujours la simple présomption qui continue.

116. — Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur de la République, dans l'arrondissement du domicile, et dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre.

354. Comme on le voit par l'article suivant, le tribunal n'est point *tenu* d'ordonner l'enquête et de donner suite à la demande formée de-

(1) *Sic* : Demolombe (II, n° 59); Massé et Vergé (I, § 97, note 3).
(2) *Adde* : Aubry et Rau (4e édit., I, § 151, note 4, p. 599).

vant lui. Si, en effet, en recherchant les motifs de l'absence et les causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles, le tribunal pense que la demande est intempestive, il devra la rejeter et dire qu'il n'y a pas lieu à suivre. Mais, en sens contraire, le tribunal n'aurait pas la faculté de dire que l'enquête est inutile et que l'on pourra, sans l'ordonner, prononcer de suite la déclaration. Si fortes que soient les apparences, si probable que paraisse aux juges la mort de l'individu, la loi ne leur permet pas de négliger les moyens qu'elle a établis pour arriver à avoir tous les renseignements possibles.

Dès lors, donc, que le tribunal ne rejette pas la demande et croit devoir y donner suite, une enquête doit être ordonnée par lui dans l'arrondissement où l'absent avait son domicile, c'est-à-dire dans l'arrondissement même du tribunal, et une seconde doit avoir lieu dans l'arrondissement où l'absent résidait, si la résidence était distincte de son domicile.

L'enquête, simple ou double, selon la distinction ci-dessus, se fera, d'après notre article, contradictoirement avec le procureur de la République. En effet, le procureur de la République, étant chargé par l'art. 114 de veiller partout aux intérêts des absents, se trouve être ici l'adversaire de ceux qui poursuivent l'enquête. Il aura donc le droit d'adresser aux témoins les interpellations qu'il jugera utiles, de faire rejeter les dépositions de ceux en qui il trouvera des causes de reproches, de faire une contre-enquête tendant à prouver le contraire de ce que l'enquête veut établir. (Voy. C. de proc., art. 252 et suiv.)

Le jugement qui ordonne l'enquête doit, d'après l'art. 118, être envoyé au ministre de la justice, qui le rend public en l'insérant au *Moniteur* (1); et ce n'est qu'un an après, conformément à l'art. 119, que déclaration d'absence peut être prononcée.

Il suit de là que la déclaration d'absence, qui peut bien être *demandée* quatre ou dix ans après la disparition ou les dernières nouvelles, selon que l'individu a ou non laissé une procuration, ne peut jamais être *prononcée* qu'après cinq ans ou onze ans depuis la même époque.

117. — Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent.

118. — Le procureur de la République enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la justice, qui les rendra publics.

119. — Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête.

(1) Actuellement au *Journal officiel*.

355. L'absence, *lato sensu*, est tout simplement le résultat de l'incertitude sur l'existence de l'individu; elle ne peut donc cesser que par une des deux causes qui peuvent faire disparaître cette incertitude, savoir : 1° la preuve de l'existence; 2° la preuve du décès.

L'*absence présumée* finirait aussi évidemment par ces deux causes; mais comme elle n'est, elle, qu'une première période à laquelle une deuxième période doit succéder, si l'incertitude continue, elle pourra finir en outre par une troisième manière, la déclaration d'absence. Quant à l'absence déclarée, comme il n'existe point de troisième période qui doive lui succéder, les deux causes que nous avons signalées d'abord sont les seules qui puissent lui faire prendre fin.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

SECTION PREMIÈRE

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION.

120. — Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration.

SOMMAIRE.

I. Vice de rédaction; l'envoi en possession a toujours lieu de suite après la déclaration d'absence, même quand il y a une procuration.
II. Nécessité d'exiger caution. La caution est reçue par le tribunal.
III. Si des cohéritiers de l'absent ont bien voulu mettre en réserve sa part d'une succession ouverte pendant sa présomption d'absence, cette part ne doit pas, pour cela, être prise par les envoyés en possession; elle appartient à ceux qui l'avaient mise en réserve.
IV. Si les envoyés en possession viennent à mourir, la possession passe à leurs successeurs.
V. La possession provisoire peut finir par trois causes.
VI. Observations sur chacune de ces trois causes.
VII. Le droit de demander l'envoi en possession est prescriptible comme tout autre.

I. — 356. Il y a dans cet article un vice de rédaction qui jetterait dans une erreur grave, si l'on prenait sa disposition à la lettre. Il faut retrancher toute cette proposition : *Dans le cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens*, et lire à la place ces mots : *Dans tous les cas;* ou bien commencer tout simplement l'article par ceux-ci : *Les héritiers présomptifs de l'absent*... Ceci demande explication.

On comprend que la circonstance que l'absent, en s'éloignant, a

laissé un procureur chargé de l'administration de ses affaires, devait être prise en considération. Elle prouve, en effet, que lorsqu'il est parti, l'individu pensait ne pas pouvoir revenir bientôt, et elle rend, dès lors, son silence moins étonnant. On devait donc, pour cette circonstance, porter une disposition différente de celle portée pour les cas où l'absent n'a point laissé de procuration.

Lors de la discussion de notre titre, tout le monde fut d'accord sur ce point; mais on ne l'était plus quand il s'agissait de savoir en quoi consistait cette différence. Les uns voulaient que, dans tous les cas, la déclaration pût être demandée après quatre ans et prononcée après cinq ans, sans examiner s'il avait été laissé ou non une procuration; et que la circonstance qu'il y aurait une procuration influât seulement sur l'envoi en possession, lequel pourrait avoir lieu de suite après la déclaration, quand il n'y aurait pas de procuration, et quelques années après seulement, dans le cas où il y en aurait une. Les autres disaient que l'envoi en possession, étant la conséquence de la déclaration d'absence, devrait toujours avoir lieu immédiatement après elle, et que c'était cette déclaration elle-même qu'il fallait retarder quand une procuration aurait été laissée.

Cette question semblait résolue dans le premier sens par l'art. 115, dans lequel on avait dit, d'une manière absolue et sans distinction, que la déclaration d'absence pourrait être demandée après quatre ans; mais, lors de la rédaction de cet art. 113, on ne s'était point occupé du cas où une procuration aurait été laissée. Notre article 120 semble aussi résoudre la question dans le même sens; mais la question n'avait point encore été discutée sur cet article. Aussi, eut-on soin de n'y parler que du cas sur lequel tout le monde était d'accord, celui où il n'avait point été laissé de procuration.

Ce ne fut que sous l'article suivant, 121, que la question fut posée et qu'il fallut enfin trancher la difficulté. Elle le fut dans le second sens; cet article, en effet, nous dit que, quand l'individu a laissé une procuration, ce n'est pas seulement l'envoi en possession, mais aussi la déclaration d'absence, qui ne peut être demandée qu'après dix ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles.

Cet art. 121 une fois rédigé, on ne pensa plus à rectifier les dispositions des art. 115 et 120, dont la rédaction se trouve ainsi présenter un vice que nous avons dû signaler.

II. — 357. Comme les biens en possession desquels les héritiers présomptifs de l'absent se font envoyer devront lui être rendus s'il reparaît, il était juste que ces héritiers donnassent caution de les conserver et bien administrer. Cette caution sera reçue par le tribunal, et ce sera au ministère public, chargé par l'art. 114, comme nous l'avons vu, de veiller aux intérêts des absents, d'examiner si la caution offerte présente les garanties nécessaires.

III. — 358. Nous avons déjà fait remarquer, sous l'art. 113, n° V, que les biens qui écherraient à un individu, pendant qu'il est en présomption d'absence, seraient exclusivement dévolus à ses cohéritiers

ou à ceux qui venaient après lui, d'après l'art. 136. Mais, si ces derniers avaient laissé en réserve la part du présumé absent, à qui passeraient ces biens après la déclaration d'absence?... Quelques auteurs disent que ces biens, étant devenus la propriété de l'absent, doivent, avec tous ses autres biens, être délivrés aux envoyés en possession provisoire. C'est une erreur. Si les cohéritiers de l'absent, ou ceux qui devaient venir à son défaut, ont bien voulu ne pas prendre ces biens, c'est qu'ils présumaient que l'absent vivait encore et reviendrait bientôt. Mais la déclaration d'absence venant rendre plus forte la probabilité de mort, laquelle remonte tout naturellement au moment même de la disparition, il s'ensuit que l'absent n'a jamais eu de droit à ces biens, et que, par conséquent, les héritiers présomptifs du moment de la disparition, qui obtiennent aujourd'hui l'envoi provisoire, n'y ont et n'y pourront jamais avoir aucun droit. Ces biens seront donc repris par ceux qui les avaient laissés au moment du partage. Aussi, l'intitulé de notre section nous dit-il qu'elle ne s'occupe que *des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition,* et l'article lui-même nous répète que les héritiers présomptifs pourront se faire envoyer en possession des biens *qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles.*

IV. — **359.** Nous avons dit, sous l'art. 115, n° III, que si ceux qui étaient héritiers présomptifs de l'absent, au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, étaient morts avant l'envoi en possession, cette possession appartiendrait à leurs représentants (héritiers, donataires, légataires ou autres ayants cause). Maintenant, si ces héritiers présomptifs mouraient après l'envoi obtenu, ce serait encore, évidemment, à leurs héritiers ou ayants cause que cette possession passerait. Cette possession, en effet, doit toujours être, comme on le comprend, à ceux qui seraient propriétaires si l'absent avait cessé de vivre lorsqu'il a disparu ou cessé de donner de ses nouvelles.

V. — **360.** La possession provisoire peut finir de trois manières :

1° Par la preuve acquise de l'existence de l'absent, soit qu'il reparaisse, soit qu'on ait de ses nouvelles, et alors les possesseurs provisoires perdent tout droit sur les biens : c'est ce qui résulte de la première partie de l'art. 131.

2° Par la preuve acquise de la mort de l'absent.

Si cette mort est arrivée à un moment où l'absent avait pour héritiers ceux qui ont aujourd'hui ou dont les représentants ont la possession provisoire, la qualité de possesseurs provisoires se changera, pour ces possesseurs, en celle de propriétaires. Que si, au contraire, cette mort est arrivée à un moment où ni les possesseurs actuels, ni leurs auteurs n'étaient plus héritiers de l'absent, ces possesseurs perdront, comme dans le premier cas, tout droit sur les biens et devront les restituer à ceux qui étaient héritiers de l'absent au moment de sa mort, ou à leurs représentants. C'est ce que dit l'art. 130.

3° Par le laps de trente ans depuis l'envoi provisoire ou de cent ans depuis la naissance de l'absent.

Dans ce dernier cas, la possession provisoire se change, d'après la disposition de l'art. 129, en une possession définitive qui, sans rendre les envoyés propriétaires proprement dits (car il peut encore être prouvé plus tard que l'absent existe, ou qu'il est mort à un moment où ces envoyés n'étaient plus héritiers), leur donne cependant des droits beaucoup plus étendus que la possession provisoire.

VI. — 361. Des trois causes que nous venons d'indiquer comme faisant cesser l'envoi provisoire, la première (la preuve de l'existence de l'absent) enlève toujours les biens aux envoyés ; la deuxième (la preuve du décès) tantôt les leur enlève, tantôt les leur laisse ; la troisième (l'envoi définitif) les leur laisse toujours.

Ainsi, les envoyés en possession peuvent perdre cette possession : 1° par la preuve de l'existence de l'absent ; 2° par la preuve de son décès, et dans ces deux cas il y a toujours cessation de l'absence ; mais ils pourront la perdre encore, l'absence durant toujours ; 3° si des héritiers du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, héritiers plus proches que les envoyés et qui ne s'étaient pas présentés tout d'abord, se présentent plus tard et avant la prescription accomplie pour réclamer cette possession.

VII. — 362. Nous disons *avant la prescription accomplie*. En effet, tout droit, dès-là qu'il est relatif à un intérêt pécuniaire, tombe sous la prescription, à moins que la loi ne l'ait formellement déclaré imprescriptible. Or, rien ne soustrait à la règle générale le droit de demander l'envoi en possession des biens d'un absent ; ce droit se prescrirait donc par trente ans, aux termes de l'art. 2262. En conséquence, si, lors de la déclaration d'absence d'une personne ayant laissé deux parents, l'un plus proche, l'autre plus éloigné, c'était ce parent plus éloigné qui demandât et obtînt l'envoi en possession, parce que le parent plus proche ignorerait ce qui se passe ou ne se donnerait pas la peine d'agir ; si ce dernier voulait, plus tard, enlever la possession à celui qui l'a indûment obtenue, il devrait agir contre lui dans les trente ans de la déclaration d'absence. Passé ce délai, la prescription serait accomplie, et le droit du parent plus proche se trouverait éteint (1).

121. — Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles.

122. — Il en sera de même si la procuration vient à cesser ; et, dans ce cas, il sera pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme il est dit au chapitre Ier du présent titre.

---

(1) Grenoble, 24 avril 1850 (Dev., 51, 2, 93 ; *J. Pal.*, 52, 1, 178). C'est la personne de l'envoyé en possession provisoire et non celle de l'absent que l'on doit considérer dans les questions de prescription. Voy. ci-après l'art. 134.

SOMMAIRE.

I. Ce n'est pas l'existence actuelle d'une procuration, c'est le fait qu'une procuration a été laissée, qui retarde la déclaration d'absence.

II. La procuration laissée pour deux ou trois ans suffirait pour produire cet effet, mais non celle spéciale à un bien ou à une affaire déterminée.

III. Quelles que soient les circonstances de la procuration, elle ne peut jamais faire reculer la déclaration au delà de dix ans depuis la disparition.

IV. Les art. 121 et 122 sont mal placés, et les art. 115 et 120 mal rédigés. A quoi tient tout cela.

I. — 363. Ce n'est pas la circonstance même qu'il existe un mandataire fondé, qui fait retarder la déclaration d'absence; c'est l'intention, que cette circonstance prouve avoir existé chez l'absent, de s'éloigner pour un temps assez long.

En effet, lorsqu'une personne en s'éloignant charge quelqu'un de veiller à ses affaires, on ne doit plus s'étonner autant de sa longue absence, ni du silence qu'elle garde; elle peut avoir des motifs pour ne pas faire savoir en quel pays elle se trouve, et un homme de son choix étant chargé d'administrer ses biens, elle a l'esprit tranquille sous ce rapport.

On comprend donc que si la procuration vient à cesser, ou même si elle n'a jamais eu d'effet, parce que l'individu désigné pour mandataire a refusé d'accepter ou est mort avant de le faire, cette circonstance est indifférente et ne peut pas hâter la déclaration d'absence. Car il est toujours constant que l'absent savait en partant qu'il ne devait pas revenir bientôt, et c'est là tout ce que l'on devait exiger pour retarder la demande en déclaration.

Toutefois, comme cette cessation ou cette non-acceptation du mandat peut mettre les biens en souffrance, on se trouve dans le cas prévu par l'art. 112, et il y a lieu à faire ordonner des mesures par le tribunal, en constatant : 1° que l'individu est en présomption d'absence; 2° qu'il n'existe pas actuellement de procuration; 3° qu'il y a urgence de pourvoir à l'administration des biens.

Ainsi, il se peut qu'on doive appliquer l'art. 112, parce qu'il n'y a pas de procuration, bien qu'on ne puisse pas appliquer l'art. 115, parce qu'une procuration a été laissée. Ce que le législateur demande dans l'art. 112, pour qu'on ne puisse provoquer aucune mesure du tribunal, c'est un procureur s'occupant actuellement des affaires de l'absent; au contraire, dans nos art. 121 et 122, ce qu'il veut pour que la déclaration d'absence ne puisse être demandée qu'après dix ans de présomption, c'est tout simplement que l'individu ait manifesté, par le choix d'un mandataire, la pensée d'une absence prolongée.

II. — 364. *Quid*, si l'absent a laissé une procuration pour deux ou trois ans? Pourrait-on, dans ce cas, provoquer la déclaration après quatre ans, sinon depuis la disparition, du moins après l'expiration de la procuration?

Non. Il est possible, en effet, que l'absent, qui a laissé un mandataire pour deux ou trois ans, pense que ce mandataire, se voyant invest

de sa confiance, continuera, après l'expiration du mandat, à gérer ses affaires. Cet absent peut donc se reposer dans cette confiance, et cette possibilité suffit pour expliquer son silence. Aussi, l'art. 121 nous dit-il qu'il en sera de même, c'est-à-dire que la déclaration ne pourra être demandée qu'après dix ans, quand même la procuration *viendrait à cesser*, sans qu'on doive examiner ni à quelle époque, ni par quelle cause elle a pris fin (1).

Il faudrait donner une décision différente et se mettre en opposition avec les termes de la loi, pour se conformer à son esprit, dans le cas où l'absent n'aurait laissé qu'une procuration relative à telle opération spéciale, à tel bien particulier. En effet, une telle procuration ne prouverait nullement la pensée d'un retour éloigné chez celui qui la donne, et l'on ne serait plus là dans le cas qui a déterminé le législateur à retarder le moment de la demande en déclaration. Cependant, il ne serait pas nécessaire que la procuration, pour faire retarder la déclaration d'absence, s'étendît à tous les biens; il suffirait qu'elle eût pour objet ceux qui demandent plus de surveillance que les autres.

Du reste, ces divers cas présentent bien moins une question de droit qu'un point de fait dont l'appréciation sera laissée à la sagesse des magistrats (2). Ce que veut le législateur, ce que nous pouvons et devons prendre pour règle dans toutes les circonstances possibles, c'est que la procuration qu'a laissée l'absent soit de nature à prouver qu'il y avait chez lui l'idée d'un long voyage.

III. — 365. Si la déclaration d'absence ne peut jamais être demandée avant dix ans, quand une procuration a été laissée, qui prouve chez l'individu l'idée d'un éloignement prolongé; d'un autre côté et réciproquement, quelque générale que fût cette procuration, pour quelque temps qu'elle eût été donnée, la déclaration pourrait toujours être provoquée après ces dix ans. La loi ne distingue pas et ne devait pas distinguer; il ne devait pas dépendre du présumé absent, qui pouvait donner une procuration pour vingt ans et plus, de reculer ainsi, indéfiniment, l'exercice des droits subordonnés à son décès. Il fallait un délai; la loi l'a fixé à dix ans (3).

IV. — 366. La dissidence d'opinion entre les rédacteurs du Code, que nous avons indiquée sous l'art. 120, n° I, et le retard que l'on apportait à trancher la difficulté dont nous avons parlé, nous expliquent pourquoi les art. 121 et 122, qui ne sont relatifs qu'à la déclaration d'absence et non à l'envoi en possession, se trouvent dans notre chap. 3, tandis qu'ils devraient être dans le chapitre précédent. Ils auraient été bien placés dans notre chapitre, si l'on avait adopté l'opinion d'après laquelle la circonstance d'une procuration laissée ne devait avoir d'influence que sur l'envoi en possession. Mais le légis-

(1) *Contrà :* Aubry et Rau (4e édit., I, § 151, p. 600).
(2) Demolombe (II, n° 75); Aubry et Rau (*loc. cit.*, note 3, p. 599); Massé et Vergé (I, § 97, note 2).
(3) Demolombe (II, n° 56); Aubry et Rau (*loc. cit.*, p. 599).

lateur ayant pris une décision contraire, on aurait dû : 1° effacer les deux premières lignes de l'art. 120; puis, 2° supprimer nos deux art. 121 et 122, pour les refondre avec l'art. 115, lequel devait être conçu ainsi : « Ceux qui étaient héritiers présomptifs de l'absent, au » jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ou bien les re» présentants de ses héritiers présomptifs pourront demander la dé» claration d'absence après quatre ans, quand l'absent n'aura pas laissé » de procuration, et après dix ans seulement, quand il en aura laissé » une, encore que cette procuration soit venue à cesser. »

123. — Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées, ou du procureur de la République près le tribunal; et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution.

SOMMAIRE.

I. La déclaration d'absence permet de faire provisoirement ce que le décès permettrait définitivement.
II. Les divers ayants droit, autres néanmoins que les légataires, peuvent demander eux-mêmes la déclaration d'absence et l'envoi en possession, si les héritiers présomptifs ne les demandent pas.
III. Quant aux légataires, ils ne peuvent pas agir eux-mêmes; mais ils peuvent faire agir le ministère public.
IV. Les fruits produits par les biens de l'absent, dans l'intervalle entre la disparition et l'envoi en possession, sont pris aussi, avec les biens eux-mêmes; mais c'est à titre de capitaux, sujets à restitution comme les autres biens.
V. Quand les divers ayants droit du jour de la disparition sont morts avant l'envoi, c'est à leurs représentants que cette possession est remise. C'est également à ces possesseurs que cette possession passe, si ces ayants droit meurent après avoir obtenu l'envoi. C'est ici comme pour les héritiers présomptifs.
VI. La possession provisoire de ces divers ayants droit, ou de leurs successeurs, prend fin aussi par les trois mêmes causes que la possession provisoire des héritiers présomptifs.
VII. Distinction à faire pour déterminer les causes qui font perdre absolument la possession des biens à ces mêmes ayants droit ou à leurs successeurs.

I. — 367. Une fois la déclaration d'absence prononcée, l'individu est supposé mort jusqu'à preuve contraire; en conséquence, tous ceux qui avaient des droits subordonnés à la condition de son décès, c'est-à-dire des droits qui ne devaient s'ouvrir pour eux que par ce décès, seront mis en exercice provisoire de ces droits. Ainsi, celui qui, par contrat de mariage, aurait été institué par l'absent, conformément à l'art. 1082, donataire d'un bien qu'il ne devait prendre qu'à la mort du donateur, pourra prendre provisoirement ce bien; celui qui aurait fait à l'absent donation d'un bien, avec la clause, insérée dans l'acte, que ce bien lui reviendrait si l'absent mourait avant lui, pourra le reprendre (provisoirement aussi, bien entendu); ceux à qui le testament de l'absent, s'il en a fait un, attribuerait des droits,

seront mis en possession des choses à eux léguées; les ascendants donateurs en position de succéder aux biens par eux donnés, conformément à l'art. 747, viendront prendre ces biens; et ainsi de tous ceux ayant des droits que le décès certain de l'absent aurait ouverts d'une manière définitive (Nancy, 31 janv. 1833; Dev., 34, 2, 603).

Mais comme les droits de ces différents individus ne sont que présumés et que la présomption disparaîtrait si l'absent revenait ou qu'on eût de ses nouvelles, la possession provisoire n'est, en quelque sorte, qu'un dépôt qui rend les envoyés comptables envers l'absent, s'il reparaît. Aussi, tous les envoyés en possession, quels qu'ils soient, héritiers présomptifs, légataires, donataires ou autres, doivent, aux termes de notre article et de l'art. 120, présenter une caution qui, comme nous l'avons déjà dit, sera discutée par le procureur de la République et reçue par le tribunal.

II. — 368. Qu'arriverait-il si, les héritiers présomptifs, connaissant l'existence d'un legs universel ou d'autres circonstances qui ne leur laisseraient rien, ou presque rien de la somme des biens, ne voulaient pas demander la déclaration d'absence?... Il ne doit pas dépendre de leur caprice de paralyser les droits des autres intéressés. Ces droits pourront donc s'exercer malgré eux. Ainsi un donataire de biens à venir, un donateur avec clause de retour, le nu propriétaire d'un bien dont l'absent a l'usufruit, seraient admis à provoquer eux-mêmes la déclaration d'absence, en vertu de l'art. 115. Cet article, en effet, accorde ce droit aux parties intéressées; or, ces divers individus sont évidemment parties intéressées; ils ont un intérêt né et actuel, qu'ils peuvent facilement établir.

Il est vrai que la manière dont notre article est rédigé semble subordonner l'exercice des droits des divers intéressés, autres que les héritiers présomptifs, à l'obtention préalable de l'envoi en possession par ces mêmes héritiers. En effet, quand est-ce que les légataires, donataires et autres pourront exercer leurs droits? Ce serait, si l'on s'en tenait au texte de l'article, *lorsque les héritiers auront obtenu l'envoi en possession*. Mais l'argument qu'on voudrait tirer de là serait par trop faible, et il trouverait d'ailleurs sa réfutation dans notre article lui-même. En effet, si l'on devait attacher de l'importance à la manière dont cet article est rédigé et argumenter de sa rédaction, il faudrait dire aussi que tous ceux qui ont des droits à exercer ne pourront le faire qu'après que le testament, s'il en existe un, aura été ouvert. Car l'article dit : *Lorsque les héritiers auront obtenu l'envoi, le testament sera ouvert,* ET LES LÉGATAIRES, DONATAIRES OU AUTRES AYANT DES DROITS *pourront les exercer,* assimilant ainsi, en apparence, aux légataires les autres intéressés. Or, il est évident que telle n'est par l'idée du législateur. L'ouverture du testament n'est pas nécessaire, assurément, pour qu'un nu propriétaire, par exemple, reprenne l'usufruit qu'exerçait l'absent.

Ce n'est donc pas à la tournure de phrase de cet article qu'il faut s'arrêter. C'est l'esprit de la loi, résultant de l'ensemble des articles,

qu'il faut interroger. Or, que veut la loi? C'est que tous ceux qui exerceraient leurs droits définitivement, si l'absent était mort, les puissent exercer provisoirement, lorsque la probabilité de son décès est devenue plus forte par le laps de quatre ou dix ans sans nouvelles. Les héritiers ne peuvent donc pas plus, en n'agissant pas, empêcher l'exercice provisoire de ces droits, qu'ils ne pourraient, en n'acceptant pas la succession, en empêcher l'exercice définitif, si le décès de l'absent était prouvé. Si le législateur a supposé que la déclaration d'absence serait obtenue par les héritiers présomptifs, c'est qu'il s'est occupé tout naturellement *de eo quod plerumquè fit*, et qu'ordinairement ce seront ces héritiers qui demanderont cette déclaration, comme y étant plus intéressés que tous autres. Mais il ne nous paraît pas douteux que, s'ils refusent de le faire, les intéressés (autres, bien entendu, que les légataires) ne puissent le faire en vertu de l'art. 115 (1).

III. — **369.** Le droit d'agir, que nous reconnaissons aux divers intéressés, en cas de mauvais vouloir des héritiers présomptifs, nous le refusons aux légataires. En effet, ils sont bien, eux aussi, parties intéressées; mais on ne peut agir qu'en prouvant son intérêt; or, leur intérêt ne peut être établi que par l'ouverture du testament, et, précisément, la déclaration d'absence doit précéder cette ouverture. Ils n'ont donc pas qualité pour provoquer cette déclaration.

Toutefois, la loi leur fournit, ce nous semble, un moyen indirect d'arriver à leur but. En effet, d'abord, il est d'ordre public et de l'intérêt de la société entière que la propriété ne reste pas indéfiniment en suspens et dans l'incertitude; ensuite, l'intérêt de l'absent lui-même demande que ses biens soient confiés aux personnes les plus intéressées à leur conservation et à leur amélioration; par conséquent à celles qui doivent les garder, s'il ne reparaît pas. Sous ce double rapport, donc, le procureur de la République, comme mandataire de la société, et comme spécialement chargé par l'art. 114 de veiller aux intérêts des absents, aurait qualité pour provoquer lui-même la déclaration d'absence et faire ouvrir le testament. Il pourrait donc agir sur l'avis que les légataires lui donneraient de ce qui se passe. Cet esprit de la loi qui veut que le ministère public agisse quand il en sera besoin, soit dans l'intérêt de l'absent, soit dans celui de la société, se trouve prouvé par notre article lui-même, qui ordonne qu'après l'envoi en possession l'ouverture du testament soit requise par le procureur de la République, si elle ne l'était pas par les intéressés.

IV. — **370.** Que faut-il décider, quant aux fruits produits par les biens de l'absent depuis son départ ou ses dernières nouvelles, jusqu'à l'envoi en possession?... Il est bien clair qu'ils seront remis aux divers ayants droit envoyés en possession de ces biens, puisque l'effet de la déclaration d'absence est de faire supposer l'absent mort dès le moment

(1) Demolombe (II, n° 75); Aubry et Rau (4ᵉ édit., I, § 152, p. 604); Massé et Vergé (I, 98, p. 144).

du départ ou des dernières nouvelles, et que, par conséquent, ce sont eux qui en doivent rester propriétaires, si l'absent ne reparaît pas. Ce point ne souffre donc pas de difficulté.

Mais ces fruits leur seront-ils donnés comme fruits, en telle sorte qu'ils en seraient tout à fait maîtres et propriétaires, en qualité de possesseurs et en vertu de l'art. 127, sauf la réduction assez légère indiquée par ce même article ; ou bien, leur seront-ils seulement confiés comme capital, des intérêts duquel ils jouiront, avec obligation de rendre ce capital entier, ainsi qu'une fraction des intérêts, si l'absent revient ou que son existence soit prouvée?

C'est certainement cette dernière idée qu'il faut prendre. En effet, ce n'est qu'à partir de la déclaration d'absence que la loi donne aux envoyés en possession droit aux fruits des biens ; ces fruits sont comme le salaire de l'administration conférée à ces envoyés : jusqu'à la déclaration, les biens ont été administrés au nom et dans l'intérêt de l'absent seul. Si donc l'absent reparaît, il doit avoir ces fruits en entier ; que s'il ne reparaissait pas, comme il serait définitivement réputé mort du jour de son départ, ils appartiendraient en entier, comme tous les autres biens, aux divers envoyés en possession.

L'art. 126 nous prouve que telle est bien, en effet, l'idée du législateur, quand il exige par son second alinéa que, lors de l'envoi provisoire, il soit fait emploi, c'est-à-dire un placement des *fruits échus*, ainsi que du prix provenant de la vente du mobilier.

Ainsi, soit un immeuble d'un revenu net de 4,000 francs par an, appartenant à Pierre qui a disparu en laissant un procureur chargé d'administrer ses biens, lequel immeuble avait été donné à Paul, lors du mariage de celui-ci, pour être pris par lui à la mort du donateur aujourd'hui absent. Ce n'est qu'après onze ans depuis le départ de Pierre que l'envoi en possession, aux termes de l'art. 121, pourra être obtenu. Après cet envoi prononcé, Paul demandera compte au procureur, qui devra lui remettre et le bien lui-même et les revenus par lui touchés depuis onze ans, lesquels s'élèvent à 44 000 francs. Ces 44 000 francs formeront un capital que Paul gardera, ainsi que le bien, si l'absent ne revient pas, mais qu'il lui remettra s'il revient, sauf à retenir tout ou partie des intérêts que ce capital aura produits, conformément à l'art. 127.

371. Il en serait de même si c'était un donateur avec clause de retour, un légataire, un nu propriétaire, qui reprît ce bien, ou si enfin c'était, à défaut de ces divers ayants droit, l'héritier présomptif lui-même. Dans tous les cas, les fruits produits par le bien, dans l'intervalle entre la disparition de l'absent et l'envoi en possession, formeront un capital qui sera remis à cet absent s'il revient, et qui, s'il ne revient pas, restera avec le bien lui-même à celui qui le prend provisoirement. En effet, la non-réapparition de l'absent fait réputer le possesseur provisoire avoir été propriétaire dès le départ de l'absent ; c'est donc à lui qu'appartiennent tous les fruits produits par la chose depuis ce départ.

V. — 372. Tout ce que nous avons dit, quant à l'envoi en possession des héritiers présomptifs, dans le n° II de l'art. 115 et le n° IV de l'article 120 s'appliquera aussi aux donataires, légataires, et autres ayant un droit subordonné à la condition du décès de l'absent.

Ainsi donc, si, lors de la déclaration d'absence, celui que le testament nous indique comme légataire est mort après avoir été vivant au jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles; comme la déclaration d'absence fait réputer l'absent mort à partir de ce même jour, il s'ensuit que ce légataire était encore vivant lors de la mort présumée du testateur, et que, par conséquent, il a transmis ses droits à ses héritiers ou autres successeurs. Ce seraient donc ses représentants qui obtiendraient la possession provisoire du bien à lui légué; car la possession, comme nous l'avons déjà dit, doit toujours se trouver là où serait la propriété, si, au lieu de disparaître, l'absent avait cessé de vivre.

Ainsi encore, une fois l'envoi obtenu, soit par le légataire, soit par son représentant, si cet envoyé en possession vient à mourir, ce sera à ses représentants que la possession passera. Ce seraient eux, en effet, qui seraient propriétaires, s'il était constant que l'absent est mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

VI. — 373. Il faut encore répéter ici ce que nous avons dit au n° V de l'art. 120, sur les causes qui font cesser l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs. En effet, la possession de celui qui exerce provisoirement un droit particulier, subordonné à la condition du décès de l'absent, prendra fin comme celle des héritiers présomptifs et avec les mêmes conséquences.

Ainsi, 1° s'il se trouve prouvé que l'absent est vivant, le légataire ou son représentant et tous autres envoyés perdront leur possession, parce qu'il se trouvera prouvé que les droits qu'on avait présumés ouverts ne le sont pas;

2° Si l'on acquiert la preuve du décès de l'absent, la possession provisoire des différents envoyés cessera encore, soit pour se changer en un droit de propriété, soit pour donner lieu à la restitution des biens selon les circonstances qui vont être examinées au n° VII;

3° Enfin, quand il se sera écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence, ou cent ans depuis la naissance de l'absent, la possession provisoire se changera pour tous les envoyés en une possession définitive, aux termes de l'art. 129.

VII. — 374. Nous venons de voir par quelles causes finit la possession provisoire des envoyés autres que les héritiers présomptifs; ce sont les mêmes causes que pour ces héritiers présomptifs eux-mêmes. Mais on a vu, par les n^os V et VI de l'art. 120, que les causes qui font *cesser la possession provisoire* ne font pas toujours *perdre la possession;* puisque, dans tels cas, la possession provisoire finit par se transformer en possession définitive ou même en pleine propriété. Il nous reste donc à voir, maintenant, quelles causes font *perdre* la possession des biens aux envoyés autres que des héritiers présomptifs.

Il faut pour cela diviser ces envoyés en trois classes :

1° Ceux dont le droit est subordonné, comme celui des héritiers, non pas seulement au décès, mais au *prédécès* de l'absent, et peut en outre être révoqué. On voit que nous parlons des légataires. En effet, le legs, d'après l'art. 895, peut toujours être révoqué par le testateur; et, en outre, il n'a d'effet, d'après l'art. 1039, qu'autant que le légataire survit à son testateur;

2° Ceux dont le droit est aussi subordonné au prédécès de l'absent, mais ne peut pas être révoqué à volonté. Tels sont les donateurs avec clause de retour pour le cas de leur survie, et les donataires des biens à prendre au décès du donateur;

3° Ceux dont le droit n'est subordonné qu'à la condition du décès, comme un nu propriétaire, un débiteur de rente viagère.

Pour les légataires, deux causes peuvent leur enlever la possession des biens par eux pris : 1° la preuve de l'existence de l'absent, car on apprend par là que leur droit n'est pas ouvert; 2° la découverte d'un testament révoquant celui en vertu duquel ils étaient venus. Il est une troisième cause qui n'aura d'effet que sur les *représentants* de ces légataires : ce serait 3° la preuve du décès de l'absent arrivé après celui des légataires.

Pour ceux ayant un droit soumis aussi au prédécès, mais non révocable, le bien ne peut être enlevé aux ayants droit eux-mêmes que par une seule cause : la preuve de l'existence de l'absent. Mais il peut l'être à leurs représentants par une seconde : la preuve du décès de l'absent arrivé après celui des ayants droit.

Quant aux autres envoyés en possession, dont le droit s'ouvre non-seulement par le prédécès de l'absent, mais par son décès arrivé à quelque époque que ce soit, on comprend que, soit pour eux-mêmes, soit pour leurs représentants, une seule circonstance peut leur enlever leur possession, c'est la preuve de l'existence de l'absent; tout le reste leur est indifférent.

124. — L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite.

SOMMAIRE.

I. Notions sur les cinq régimes de mariage : 1° communauté légale; 2° communauté conventionnelle; 3° exclusion de communauté; 4° séparation de biens; 5° régime dotal.

II. Notre article déroge, pour le cas de communauté, à la règle d'après laquelle la déclaration d'absence produit provisoirement les effets d'un décès. Mais cette règle subsiste pour tous les cas où il n'y a pas communauté.
III. Le conjoint administrateur légal ne doit pas caution.
IV. Les droits du conjoint administrateur varient selon que ce conjoint est le mari ou la femme. — La femme ne peut aliéner que la nue propriété de ses immeubles propres ; le mari peut aliéner en pleine propriété ses immeubles, puis tous les meubles et immeubles de la communauté.
V. Si des biens de la communauté ont été aliénés par le mari à une époque où cette communauté, existant en apparence, était dissoute en réalité, ces aliénations sont non avenues dans les rapports entre les héritiers de la femme et le mari ; mais elles restent inattaquables vis-à-vis des acquéreurs.
VI. La continuation provisoire de communauté finit de six manières :
VII. 1° *Par la preuve de l'existence de l'absent.* — L'administration exceptionnelle de notre article est alors remplacée par l'administration ordinaire.
VIII. 2° *Par la preuve du décès de l'absent.* — Il faut alors partager la communauté dans l'état où elle était quand ce décès est arrivé.
IX. 3° *Par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence ou de cent ans depuis la naissance de l'absent.* — Alors la déclaration d'absence recouvre sa force ; la communauté est censée dissoute à partir de la disparition même et se partage en conséquence. — Mais ici le provisoire n'est remplacé que par du provisoire, qui peut changer lui-même plus tard.
X. 4° *Par la mort de l'époux présent.* — La dissolution de la communauté devient certaine par cette mort ; mais elle remonte présomptivement au jour même de la disparition, et le partage se fait d'après ce moment de la disparition. — Ici encore, on ne fait que du provisoire qui changera plus tard, s'il y a lieu.
XI. 5° *Par la renonciation de l'époux présent à la continuation provisoire.* — La dissolution remonte encore présomptivement au jour de la disparition, et le partage se fait en conséquence, mais provisoirement et sauf changement ultérieur comme ci-dessus.
XII. 6° Enfin, *par la déclaration d'absence de l'époux d'abord présent.* — La dissolution remonte encore au jour de la disparition de l'autre époux, et le partage n'est toujours que provisoire. — Il peut même, alors, être remplacé plus tard par des mesures qui ne seront que provisoires elles-mêmes.
XIII. Résumé des sept numéros précédents.
XIV. Quand les héritiers réels ou présomptifs de l'absent viennent prendre ses biens dans l'un des cas ci-dessus, ils ne prennent pas les fruits échus depuis la déclaration d'absence ; ces fruits restent, en totalité ou en partie, selon les cas, à l'administrateur légal. — Mais les héritiers prennent les fruits échus antérieurement à la déclaration d'absence.
XV. Quand il y a communauté pour une partie seulement des biens, l'article s'applique à ces biens et les autres restent soumis à la règle ordinaire. — Il peut donc y avoir, tout à la fois, supposition de mort pour certains biens et supposition de vie pour les autres. Mais l'époux présent ne peut pas invoquer les deux idées à la fois.
XVI. Sens du dernier alinéa de notre article.
XVII. Quand l'époux présent opte pour la dissolution provisoire, on reste dans le droit commun, et l'on applique les règles ordinaires de l'absence.
XVIII. Droits de l'époux sur les biens qu'il prend dans ce cas. — Ces droits varient, selon que l'époux présent est le mari ou la femme.
XIX. Dans ce cas de dissolution provisoire, l'époux doit caution pour tout ce qu'il prend ; car c'est pour tout qu'il peut y avoir lieu à restitution.
XX. Quand il n'y a pas communauté, notre article ne s'applique plus.
XXI. La supposition de mort de l'absent, résultant de la déclaration d'absence, n'est point une *présomption de droit* proprement dite.

I. — 375. Pour l'intelligence de cet article, quelques notions sont nécessaires sur les différents modes d'après lesquels deux futurs époux peuvent, sous le Code civil, régler leurs conventions matrimoniales.

On peut distinguer cinq *régimes* ou modes de contrats de mariage : 1° la communauté légale ; 2° la communauté conventionnelle ; 3° le régime exclusif de communauté ; 4° la séparation de biens ; 5° le ré-

gime dotal. Nous allons dire un mot de chacun, dans cinq paragraphes différents.

Et d'abord la communauté est une société de biens entre époux. Elle est *légale,* quand les époux s'en sont rapportés, pour la régler, aux dispositions tracées par la loi elle-même ; elle est *conventionnelle,* quand ils ont modifié ces dispositions de la loi par des clauses particulières de leur contrat. Tous ceux qui ne font pas de contrat de mariage se trouvent, de plein droit, soumis à la communauté légale.

§ 1er. *Communauté légale.* — Dans la communauté légale, le fonds social comprend en général : 1° en toute propriété, les biens meubles des deux époux ; 2° les revenus seulement de leurs immeubles, lesquels immeubles restent propres à chacun ; 3° le produit du travail et de l'industrie de ces époux.

Tout ce qui tombe dans la communauté est, comme on le voit, mobilier ; mais il est clair que si, avec ces valeurs mobilières, avec les économies faites sur les revenus, ou l'argent apporté par les époux, ou provenant de leur industrie ou de la vente de leurs meubles, il est acquis des immeubles, ces immeubles seront la propriété de la communauté. On appelle ces biens *conquêts* ou *acquêts de communauté,* par opposition aux *propres de communauté,* nom qu'on donne aux biens personnels des époux.

Tout ceci résulte de la disposition de l'art. 1401.

Réciproquement, la communauté prend à sa charge, d'après l'article 1409 : 1° comme compensation de la propriété des meubles des époux, les dettes mobilières qui ne sont pas relatives aux immeubles propres ; 2° les intérêts seulement des autres dettes et les réparations à faire aux immeubles propres, en compensation des revenus de ces mêmes immeubles ; 3° enfin, comme compensation du produit du travail des époux, les dépenses nécessaires pour leur entretien et celui des enfants et pour tous les besoins du ménage.

La communauté, bien entendu, prend en outre à sa charge toutes les dettes, même immobilières, contractées pour son compte par son chef, le mari, ou par la femme comme mandataire de celui-ci.

Le mari seul est administrateur de la communauté, et il l'administre *cum liberâ potestate,* en sorte qu'il en est, jusqu'à un certain point, considéré comme propriétaire, tant qu'elle dure ; il peut aliéner, dissiper les biens qui la composent. Il a même l'administration, mais l'administration simple, des biens restés propres à la femme (voy. articles 1421 et 1428).

En compensation de ce pouvoir exorbitant donné au mari sur les biens de la communauté, et pour que la femme, qui ne prend aucune part à l'administration, ne soit pas forcée de subir toutes les conséquences de la mauvaise gestion du mari, la loi accorde à cette femme ou à ses représentants, lors de la dissolution, la faculté d'accepter les résultats de la communauté ou d'y renoncer. En cas d'acceptation, la femme ou ses ayants cause partagent par moitié avec le mari ou ses représentants et se trouvent obligés à la moitié des dettes. Quand elle

renonce, elle n'est point soumise aux dettes, mais elle ne prend aucune part dans l'actif; elle retire seulement ses biens propres (voy. article 1453).

§ 2. *Communauté conventionnelle.* — On appelle communauté conventionnelle, comme nous l'avons déjà dit, le régime ci-dessus, modifié par telles ou telles conventions particulières que les parties ont stipulées.

Ainsi, les époux ont pu rétrécir les bases de leur communauté en convenant que tout ou partie de leurs meubles leur resteraient propres comme leurs immeubles, ou même en réduisant la communauté aux acquisitions qui se feraient pendant sa durée, ce qu'on appelle *société d'acquêts.*

En sens contraire, ils ont pu élargir les bases de leur société, en stipulant que non-seulement les meubles, mais même une portion ou la totalité de leurs immeubles tomberaient en communauté.

Ainsi encore, ils ont pu convenir que chacun d'eux garderait ses dettes à sa charge; que lors de la dissolution, l'un d'eux aurait les deux tiers ou les trois quarts du fonds commun, l'autre seulement un tiers ou un quart; ou bien que l'époux survivant prélèverait d'abord sur la masse une fraction déterminée, puis partagerait le reste également avec les représentants de l'autre époux; que la femme, si elle renonce, pourra reprendre, non plus seulement ses propres, mais encore tout ou partie de ce qu'elle a apporté dans la communauté (voyez, sur tous ces points, l'art. 1497).

§ 3. *Régime exclusif de la communauté.* — Dans le régime exclusif de la communauté (qui a lieu quand les époux disent qu'ils se marient *sans communauté,* sans ajouter qu'ils adoptent tel ou tel régime particulier), tous les biens de chaque époux lui restent propres; mais le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de sa femme, desquels il se trouve véritablement usufruitier (voy. les art. 1530, 1531, 1533).

§ 4. *Séparation de biens.* — Quand les époux se marient séparés de biens, ils restent, quant à leurs biens, étrangers, pour ainsi dire, l'un à l'autre, puisque chacun d'eux conserve l'administration et la jouissance des siens. Seulement chacun contribue aux charges du mariage, suivant la convention arrêtée au contrat; à défaut de convention, la femme doit verser pour cet objet le tiers de ses revenus (voy. les articles 1536 et 1537).

§ 5. *Régime dotal.* — Dans le régime dotal, le mari conserve la jouissance de tous ses biens. Quant à la femme, elle conserve la propriété des siens; mais pour leur administration et leur jouissance, il faut distinguer : les biens de la femme sont en partie dotaux et en partie paraphernaux, ou tous dotaux ou tous paraphernaux (voy. les articles 1542, puis 1574 et le commencement de l'art. 1575). Le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens dotaux (1549). La femme garde et l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux (1576).

Tout en se soumettant au régime dotal, les époux peuvent convenir qu'il y aura entre eux société d'acquêts (1581). Ils pourraient aussi combiner de toute autre manière le régime en communauté et le régime dotal (voy. l'art. 1387).

Il faut enfin observer que, quelque régime qu'on adopte, chacun des époux peut faire, soit dans le contrat de mariage, soit pendant le mariage, sur ses propres biens, au profit de son conjoint, des libéralités que ce conjoint prendra, s'il survit. Ces libéralités se nomment *gains de survie*.

Ces notions préliminaires une fois bien comprises, arrivons à l'explication de notre article, et voyons quels seront les effets de la déclaration d'absence sous les divers régimes de mariages.

II. — 376. Si notre article n'existait pas au Code, il suffirait, pour bien connaître les droits et obligations du conjoint de l'absent, de tirer les conséquences qui résultent des dispositions expliquées jusqu'ici, savoir : que lors de la déclaration d'absence, toutes choses doivent être mises, provisoirement, à l'état où elles se trouveraient définitivement, si l'absent était mort lorsqu'il a disparu ou cessé de donner de ses nouvelles.

Mais notre article apporte une modification à cette règle pour le cas où les époux sont communs en biens. En effet, si l'on appliquait ici la règle ci-dessus, il faudrait dire que la communauté se dissolvant par la mort, la déclaration d'absence aura pour effet de faire remonter sa dissolution provisoire au moment de la disparition du conjoint absent ou de ses dernières nouvelles. Or, il n'en sera pas ainsi, comme on voit, puisque la première phrase de notre article donne au conjoint présent la faculté d'opter pour la continuation de la communauté, d'arrêter ainsi l'exercice des droits des divers intéressés, lesquels se trouveront, dès lors, dans la même position que si l'absent était présent.

Du reste, et on le comprend de suite, ce seront toujours la règle et les principes ordinaires qu'il faudra appliquer, quand il n'y aura pas communauté entre les époux.

La loi, en effet, n'accorde qu'à l'époux commun en biens la faculté d'arrêter les effets de la déclaration d'absence, en optant pour la continuation de la communauté. Bien entendu, il ne serait pas nécessaire, pour qu'il y eût lieu d'exercer cette faculté, que les époux eussent adopté la communauté légale. S'il y a communauté conventionnelle, par exemple, simple communauté d'acquêts, encore bien qu'elle fût combinée avec le régime dotal, il sera toujours vrai de dire que les époux sont communs, quant aux biens qui composent la société d'acquêts, et pour ces biens, par conséquent, on appliquera notre article. Mais, quant aux autres biens de l'époux absent, on appliquerait les règles ordinaires. Nous reviendrons là-dessus au nº XV.

III. — 377. En optant pour la continuation de la communauté, le conjoint *prend*, si c'est la femme, *conserve*, si c'est le mari, l'administration des biens de l'époux absent. Ce conjoint reçoit, dans ce cas, de la loi elle-même, le nom d'*administrateur légal* (art. 127).

Voyons quels seront les droits de cet administrateur. Et d'abord, doit-il donner caution?

Si l'on se déterminait par le besoin de la circonstance, et que pour demander caution on exigeât seulement qu'il fût utile de le faire, la caution devrait être exigée.

En effet, une femme disparaît en 1825, sans qu'on ait ensuite aucun renseignement sur elle, la déclaration d'absence est demandée en 1829, prononcée en 1830, et le mari, en optant pour la continuation de la communauté, conserve l'administration qu'il avait antérieurement. En 1835, on apprend le décès de cette femme, lequel remonte à 1832. La communauté, qui a duré en apparence jusqu'en 1835, est donc réellement dissoute depuis trois ans; les héritiers de la femme ont donc droit à la moitié de la communauté telle qu'elle était il y a trois ans. Or, depuis ces trois ans; le mari a pu en dissiper une partie notable, et, s'il n'a pas de biens personnels sur lesquels ces héritiers de la femme puissent recourir, ils perdront une partie de ce qui leur appartient. Il serait donc bon d'exiger caution.

Toutefois, la loi ne la demandant pas; il ne nous paraît pas qu'on puisse ajouter à ses dispositions, en l'exigeant. Le législateur a sans doute pensé qu'il eût été trop dur de demander caution à celui qui ne fait que continuer une administration qu'il a toujours eue : voilà pour le mari. D'un autre côté, il n'a pas voulu rendre la position de la femme pire que celle du mari, en demandant à celle-là une caution qu'il n'exigeait pas de celui-ci.

Quel qu'ait été le motif du législateur, toujours est-il qu'il dispense du bail de caution l'époux optant pour la continuation de la communauté. On le voit assez, en rapprochant cette première partie de notre article des art. 120 et 123, et surtout de la seconde partie de ce même article. Dans l'art. 120, il s'agit de l'envoi provisoire pour les héritiers, la loi demande caution; dans l'art. 123, c'est encore l'envoi provisoire pour tous les autres intéressés, la loi demande encore caution; dans notre art. 124, première partie, il ne s'agit plus d'envoi provisoire, la loi ne parle plus de caution; trois lignes plus bas, dans le *même* article, il s'agit du *même* époux; mais venant en vertu de l'envoi provisoire, la loi redemande caution. Certes, ce n'est pas en présence de semblables textes qu'on peut supposer un oubli de la part du législateur.

Il ne peut pas d'ailleurs rester de doute sur cette pensée du législateur, quand on voit, par le discours de l'orateur du Gouvernement, qu'il a hésité pour demander cette caution à l'époux, alors même que celui-ci vient comme simple envoyé provisoire en possession!

Le texte et l'esprit du Code dispensent donc l'époux de fournir caution dans ce cas; et c'est, par conséquent, violer la loi que de l'exiger, comme l'a fait un arrêt de Paris, du 9 janvier 1826 (1).

---

(1) Demolombe (II, n° 283); Aubry et Rau (4e édit., I, § 155, p. 617); Massé et Vergé (I, p. 145).

IV. — 378. La parité de position, que nous venons de signaler entre le mari et la femme, n'existera pas sous tous les rapports.

Et d'abord, le choix, offert à l'époux présent, entre la continuation et la dissolution provisoire de la communauté, ne pourra être exercé par la femme qu'avec autorisation de la justice. La femme mariée, en effet, comme on peut le voir par les art. 215, 216, 217, 218, 219, 776, 934, etc., ne peut ni faire aucun acte, ni ester en justice (excepté quand elle est poursuivie pour quelque crime ou délit), sans l'autorisation de son mari, ou, à son défaut, du tribunal : il faudra donc, vu l'absence du mari, que la femme soit autorisée par le tribunal pour exercer l'option dont parle notre article. C'est là une première différence entre le mari et la femme. Maintenant, quant aux droits d'administration de l'époux présent, pendant la continuation de la communauté, il y aura une grande différence entre eux.

La femme, dans ce cas, *prend,* comme dit notre article, une administration à laquelle elle ne devait jamais arriver dans l'ordre ordinaire des choses. Aussi, elle chercherait en vain ailleurs que dans notre titre des Absents une disposition qui lui accordât un droit quelconque. Elle n'aura donc que ceux écrits dans ce titre même et accordés aux envoyés provisoires. Le mari, au contraire, *conserve* une administration qu'il avait déjà, en vertu d'autres dispositions de la loi. Il puisera ses droits, lui, dans le titre du Contrat de mariage et conservera tous ceux qu'une disposition du titre des absents ne lui enlèvera pas.

379. Ainsi, la femme, n'ayant que les droits accordés par notre titre, ne pourra, d'après l'art. 128, ni hypothéquer, ni aliéner les immeubles, soit du mari, soit de la communauté. Elle ne pourra pas même aliéner les meubles, à cause du deuxième alinéa de l'art. 126. Il est vrai qu'on regarde en général l'aliénation des meubles comme un acte d'administration. Là où la loi met le droit d'administrer, elle met ordinairement, comme conséquence, celui d'aliéner les meubles. On peut voir, entre autres dispositions, celles des art. 1428, 1449, et de l'art. 1536 combiné avec l'art. 1538, dans lesquels le législateur, en constatant le droit d'administrer, accorde le droit d'aliéner les meubles, soit formellement, soit implicitement, en ne refusant la faculté d'aliéner que quant aux immeubles. Mais nous verrons, sous l'art. 126, que la loi, faisant exception à cette règle, veut que les meubles de l'absent ne soient pas vendus, tant que le tribunal ne l'ordonnera pas, nonobstant la volonté que l'administrateur aurait de les vendre, et que, réciproquement, la vente en soit faite, si elle est ordonnée, malgré la malgré la volonté contraire de cet administateur. La femme ne pourra donc rien aliéner, ni des immeubles, ni des meubles, soit du mari absent, soit de la communauté (1).

Et qu'on ne dise pas que, dans ces art. 126 et 128, il n'est question que des biens *de l'absent,* et que, dès lors, leur application devrait se borner aux biens propres du mari ; ce serait une erreur. D'abord notre

(1) *Comp.* Orléans, 22 nov. 1850 (Dev., 51, 2, 553).

titre étant, comme nous l'avons déjà dit, le seul qui s'occupe de l'administration de la femme, celle-ci ne saurait trouver ailleurs des droits plus étendus que ceux qui sont limités par ces articles. En second lieu, les droits de la femme sur la communauté ne devant s'ouvrir qu'à la dissolution, en sorte que, tant que cette communauté dure ou est réputée durer, c'est le mari qui en est censé le maître unique, il suit de là que, quand c'est le mari qui est absent, les biens de cette communauté doivent être regardés comme biens du mari et, par conséquent, comme biens d'absent. Telle est la conséquence de l'art. 1421.

Quant à ses immeubles propres, la femme ne pourrait les aliéner ou hypothéquer que pour la nue propriété, puisque le revenu, la jouissance en appartient à la communauté ; et elle ne le pourrait faire qu'avec l'autorisation de la justice, d'après ce qui a été dit ci-dessus.

380. Quant au mari, qui, bien entendu, a toujours le droit d'hypothéquer ou d'aliéner tous ses biens propres, sans distinction de meubles ou d'immeubles, il aura aussi ce droit quant aux biens de la communauté, puisque ce droit de les vendre, de les dissiper, il le tient des dispositions portées ailleurs, au titre du Contrat de mariage (art. 1421), et que ce droit ne lui est pas enlevé par les art. 126 et 128 (1). En effet, ces articles ne parlent que des biens de l'absent; or, ici l'époux absent, c'est la femme, et les biens de la communauté ne sont pas, quant à présent, les biens de la femme, pas même pour la moitié ou toute autre fraction convenue, à laquelle elle aura droit lors de la dissolution. Le mari aura donc le droit d'aliéner tous les biens de la communauté; pourvu, cependant, que ce soit à titre onéreux (2) ; car, à titre gratuit, il ne peut aliéner ni les immeubles, ni la totalité ou une quotité de mobilier, mais seulement des objets particuliers de ce mobilier (1422). Pour ce qui est des biens restés propres à la femme, le mari ne pourra pas plus aliéner les meubles que les immeubles.

En effet, quant aux immeubles, il ne le pourrait pas, quand même la femme ne serait pas absente (art. 1428), de sorte que ses droits ne sont point restreints sous ce rapport par l'art. 128 ; c'est le droit commun qui lui défend de les aliéner ou hypothéquer. Quant aux meubles, il en est autrement : si l'on appliquait les principes ordinaires, il pourrait les aliéner (Arg., art. 1428) ; mais, ici, le deuxième alinéa de l'art. 126 s'y opposera. Aussi, le premier alinéa de cet art. 126 impose-t-il à l'époux qui opte pour la continuation de la communauté, sans distinguer entre le mari et la femme, l'obligation de faire faire un inventaire du mobilier appartenant à l'absent, pour empêcher le détournement de tout ou partie de ce mobilier.

V. — 381. La faculté qu'aura le mari, pendant l'administration légale, d'aliéner les biens meubles ou immeubles de la communauté, doit

(1) Demolombe (II, n° 285); Aubry et Rau (4e édit., I, § 155, p. 616).
(2) Lorsque, après déclaration d'absence de sa femme, le mari a opté pour la continuation de la communauté, les héritiers présomptifs de la femme sont fondés à faire inscrire son hypothèque légale sur les acquêts vendus par le mari. Bordeaux, 28 juin 1870 (Dev., 70, 2, 326).

être combinée avec le droit que, dans le n° III, nous avons reconnu aux héritiers de la femme, de demander, quand la mort de celle-ci serait une fois prouvée, la moitié de cette communauté telle qu'elle était au moment de cette mort.

Ainsi, un mari opte, en 1830, pour la continuation de la communauté existant entre lui et sa femme absente; puis, en 1836, on apprend que cette femme est morte en 1832. A cette époque de 1832, la communauté présentait un actif net de 60 000 francs; aujourd'hui, elle est réduite à 40 000 francs, parce que le mari a vendu, pour une somme de 20 000 francs, un immeuble dont le prix est dissipé. D'un côté, les héritiers de la femme pourront exiger 30 000 francs, moitié de ce qu'était la communauté en 1832; parce que cette communauté ayant été dissoute, par le fait, avant la vente de l'immeuble, le mari se trouve avoir vendu un bien dont il n'était propriétaire que pour moitie, l'autre moitié appartenant irrévocablement aux héritiers de sa femme. Mais, d'un autre côté, l'acheteur ne pourra pas être inquiété, et la vente sera valable pour le tout, en vertu des art. 1421 et 124 combinés. En effet, d'après l'art. 1421, le mari peut aliéner les biens de la communauté, tant que cette communauté dure : or, l'art. 124 déclare que cette communauté continue, après la déclaration d'absence, par l'option que fait le mari pour la continuation. Déclarer nulle la vente par lui faite, ce serait donc faire de notre article un piége tendu aux tiers de bonne foi par la loi elle-même. Ainsi, les héritiers de la femme n'auront de recours que contre le mari.

VI. — 382. La continuation provisoire de la communauté, résultant de l'option de l'époux présent, et l'administration légale qui en est la suite, peuvent finir de six manières :

1° Par la preuve de l'existence du conjoint absent;

2° Par la preuve de son décès;

3° Par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence ou de cent ans depuis sa naissance;

4° Par la mort de l'époux présent;

5° Par la renonciation que l'époux qui avait opté pour la continuation, fait à cette continuation;

6° Enfin, par la déclaration d'absence de ce deuxième époux, d'abord présent, et qui viendrait aussi à disparaître.

Donnons un mot d'explication sur chacun de ces six cas :

VII. — 383. 1° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par la preuve de l'existence de l'absent.*

Lorsque l'époux absent reparaît ou qu'on a de ses nouvelles, la communauté que l'on regardait, en vertu de la déclaration d'absence, comme n'ayant eu, depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, qu'une continuation apparente, se trouve avoir continué réellement et continuer encore. L'administration légale, résultat de l'option de l'époux présent, cesse donc pour faire place à l'administration ordinaire. Ainsi, si c'est la femme qui avait l'administration légale, elle



rend cette administration au mari; que si c'était le mari, il continue d'administrer, mais c'est maintenant comme chef réel d'une communauté encore existante.

VIII. — 384. 2° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par la preuve du décès de l'absent.*

Dans le cas précédent, la réalité se trouvait d'accord avec le provisoire; provisoirement, on avait fait durer la communauté, et par le fait, il se trouvait prouvé que cette communauté avait duré réellement. Ici, il en sera de même quelquefois, mais non pas toujours; il faudra rechercher à quelle époque est arrivée la mort dont on acquiert aujourd'hui la preuve. Si l'époux absent n'est mort qu'au moment où l'on en reçoit la nouvelle, le provisoire se trouvera encore d'accord avec la réalité, puisque la communauté qu'on a réputée continuer, continuait en effet, et que la cessation de sa continuation provisoire aura lieu en même temps que la dissolution réelle. Mais il n'en sera plus de même si, lorsqu'on apprend la mort de l'absent, cette mort est arrivée déjà depuis plusieurs années; alors, en effet, la communauté aura duré provisoirement et en apparence, après qu'elle était réellement dissoute, et il faudra, sans avoir égard à cette continuation purement apparente, remonter de plusieurs années pour fixer les droits respectifs de l'époux présent et des héritiers de l'époux absent.

Ainsi, supposons que la déclaration d'absence et l'option de l'époux présent pour la continuation provisoire, aient eu lieu en 1825, et qu'en 1836, on apprenne la mort de l'époux absent arrivée en 1832; ce sera la communauté telle qu'elle était à cette époque de 1832 qu'il faudra partager, sans avoir égard à l'augmentation ou à la diminution que les quatre années postérieures ont pu lui apporter.

IX. — 385. 3° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence, ou de cent ans depuis la naissance de l'absent.*

Par la simple lecture des art. 129 et 132, on voit que, quand il s'est écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence ou cent ans depuis la naissance de l'absent, la présomption que cet absent est mort devient si forte aux yeux de la loi, que ses biens sont mis en la possession, non plus provisoire, mais définitive des divers ayants droit, qui, dès ce moment, peuvent en disposer comme de leurs biens propres, sauf, si l'absent revient, à lui rendre seulement ce qu'il se trouverait avoir encore entre les mains. Dans ce cas, donc, la présomption de vie que la loi avait fait résulter, malgré la déclaration d'absence, de l'option faite par l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté, disparaîtra; la déclaration d'absence recouvrera toute sa force; l'absent sera réputé mort du jour même de la disparition ou des dernières nouvelles, et c'est à ce jour de la disparition ou de ses dernières nouvelles qu'il faudra remonter pour partager la communauté et fixer les droits de l'époux présent et des héritiers présomptifs de l'époux ab-

sent; la continuation provisoire et ses suites seront donc, dans ce cas, réputées non avenues, excepté, toutefois, d'après ce que nous avons dit aux nos V et VI ci-dessus, quant aux actes faits par l'époux administrateur légal, dans les limites de ses pouvoirs. Ainsi, si c'est le mari qui a administré, les aliénations par lui faites des biens de la communauté apparente resteront valables vis-à-vis des acquéreurs, le mari seulement tiendrait compte, aux héritiers présomptifs de la femme, de la diminution qu'il a pu faire subir au fonds commun, depuis le moment de la disparition.

Ainsi, c'est en 1805 qu'une femme a cessé de paraître; en 1810, la déclaration d'absence a été prononcée, mais le mari en a arrêté les effets en optant pour la continuation de la communauté. On arrive à 1840 sans aucunes nouvelles; le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence fait revenir la présomption de mort que la loi avait retirée à cause de l'option du mari. Cette présomption, remontant jusqu'à 1805, fait réputer dissoute à partir de cette époque la communauté, qui en apparence a duré jusqu'en 1840. Si donc aujourd'hui, en 1840, le fonds commun est plus opulent qu'il n'était en 1805, cette augmentation ne profitera point aux héritiers de la femme, qui ne peuvent demander que la moitié (ou toute autre fraction convenue au contrat) de la masse telle qu'elle était en 1805. Réciproquement, si la communauté est moins opulente qu'en 1805, parce que le mari a vendu des biens qui appartenaient à cette communauté et dont il a dissipé ou perdu le produit, les aliénations, à la vérité, resteront valables quant aux tiers, en vertu des art. 1421 et 124 combinés; mais le mari devra indemniser les héritiers présomptifs de la femme et leur fournir la moitié de ce qu'était la masse en 1805.

Les mêmes effets seraient produits par le laps de cent ans depuis la naissance de l'absent.

386. Du reste, comme on le comprend facilement, le provisoire, dans ce cas, ne cesse que pour faire place encore à du provisoire. En effet, s'il est vrai que la continuation de la communauté, que l'on répute aujourdhui non avenue, n'était que présumée, il est vrai également que la dissolution qu'on lui substitue et que l'on fait remonter à l'époque même de la disparition, n'est que présumée aussi. Il pourrait donc être prouvé plus tard, ou que la communauté a toujours duré et dure encore, ou qu'elle a été dissoute à une autre époque que celle de la disparition.

Dans le premier cas, c'est-à-dire s'il vient à être prouvé que la communauté dure toujours, les héritiers présomptifs qui étaient venus partager la communauté avec l'époux présent restitueront, comme nous le verrons sous l'art. 132, no IV, toute la part de communauté et ce qui leur restera seulement des biens propres de l'absent; puis la communauté continuera comme s'il n'y avait jamais eu d'absence.

Dans le second cas, c'est-à-dire s'il est prouvé que l'époux absent est mort, et, par conséquent, la communauté dissoute, mais à une époque plus reculée que la disparition, il y aura lieu à de nouveaux

calculs; ce sera la communauté, telle qu'elle était à cette époque, maintenant connue, de sa dissolution réelle, qu'il faudra partager entre l'époux présent (ou ses représentants, si cet époux est mort) et les héritiers de l'époux absent. Si donc, au moment de la disparition (moment duquel on était parti pour effectuer le premier partage), la communauté était plus opulente qu'au moment de sa dissolution réelle, les héritiers de l'époux absent se trouveront avoir reçu plus qu'ils ne devaient recevoir et auront à restituer; que si, au contraire, elle était moins opulente à cette première époque qu'à celle de la dissolution, ils auront une indemnité à redemander à l'époux présent ou à ses représentants.

X. — 387. 4° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par la mort de l'époux présent.*

Si, avant l'expiration de trente ans depuis la déclaration d'absence du conjoint, ou de cent ans depuis sa naissance, et aussi avant la preuve acquise, soit de l'existence, soit du décès de ce conjoint absent, l'époux présent, administrateur légal, vient lui-même à mourir, la communauté est alors dissoute d'un manière certaine, puisque le décès d'un des époux est dès lors constant. Mais ce ne sera pas seulement de ce décès de l'époux présent que la dissolution comptera, ce sera à partir de la disparition de l'époux absent.

En effet, la continuation provisoire de la communauté ne pouvant plus durer, les effets de la déclaration d'absence, que cette continuation empêchait de se produire, reprennent leur force; or, le principal de ces effets est de faire supposer l'absent mort, du jour même où il a disparu, et, par conséquent, la communauté dissoute à ce même moment.

Ici encore, donc, ce sera la communauté, telle qu'elle était lors de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, que l'on partagera entre les héritiers de l'époux qui vient de mourir et les héritiers présomptifs de l'époux absent. Bien entendu, on ne fera encore là, comme dans le cas précédent, que du provisoire, et il y aura lieu, plus tard, à faire le partage sur d'autres bases, s'il vient à être prouvé, ou bien que l'époux absent était encore vivant lors de la mort de l'époux présent, et que, par conséquent, c'est lors de cette mort, et non lors de la disparition de l'absent, comme on l'avait présumé, que la communauté a été réellement dissoute; ou bien, que cet époux absent était mort avant l'époux présent, et que, dès lors, c'est bien par sa mort que la communauté s'est dissoute, mais que cette mort, au lieu d'arriver à l'époque de la disparition, comme on l'avait présumé, n'a eu lieu que postérieurement.

XI. — 388. 5° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par la renonciation que l'époux présent fait à cette continuation.*

Comme on a dû le comprendre très-bien déjà, le droit accordé par la première phrase de notre art. 124, à l'époux commun en biens d'opter pour la continuation de la communauté et de suspendre ainsi

les effets ordinaires de la déclaration d'absence, est un privilége introduit dans l'unique interêt de cet époux et dont celui-ci peut, à son gré, user ou ne pas user. De là il suit que quand cet époux aura opté pour cette continuation, il pourra toujours y renoncer et rendre ainsi les choses à leur cours naturel.

Lors donc que cette renonciation aura lieu, et à quelque époque qu'elle soit faite, la déclaration d'absence, dont les effets étaient arrêtés par la continuation provisoire, reprendra sa force; il faudra, dès lors, réputer l'absent mort du jour de sa disparition, et, par conséquent, la communauté dissoute de ce même moment. Il y aura donc lieu encore, dans cette dernière hypothèse, comme dans les deux précédentes, à partager provisoirement, entre l'époux présent et les héritiers présomptifs de l'époux absent, la communauté telle qu'elle était au moment de la disparition de ce dernier; sauf encore, comme dans les cas ci-dessus, à faire postérieurement un nouveau partage, s'il se trouve établi plus tard que la communauté n'a été dissoute réellement qu'à une autre époque; et sauf, au contraire, comme dans le troisième cas, n° IX, à demander restitution aux héritiers présomptifs et à continuer la communauté, s'il apparaît que cette communauté, présumée dissoute, a réellement toujours duré.

XII. — 389. 6° *Cessation de la continuation provisoire de la communauté et de l'administration légale, par l'absence du conjoint administrateur.*

Lorsque le conjoint présent, qui avait opté pour la continuation provisoire de la communauté, vient lui-même à disparaître, son absence, tant qu'elle n'est que présumée, ne change rien aux mesures prises. En effet, bien que, dans la présomption d'absence, il y ait déjà incertitude sur l'existence de l'individu, la loi, comme on l'a vu, ne consacre encore aucune probabilité de mort, c'est seulement quand l'incertitude est devenue assez grave pour faire déclarer l'absence, que la loi proclame cette probabilité et en tire les conséquences. Tant donc que le conjoint administrateur ne sera qu'en présomption d'absence, les mesures antérieurement prises tiendront; il y aura seulement lieu, si ce conjoint n'a pas laissé de mandataire, à faire pourvoir par le tribunal à l'administration des biens que sa disparition laisse à l'abandon, conformément à l'art. 112.

Mais, si ce conjoint vient lui-même à être déclaré absent, il est par là supposé mort; la continuation provisoire de la communauté s'arrête donc; par suite, la déclaration d'absence du premier époux reprend toute sa force, et, par conséquent, c'est au jour de la disparition de ce premier absent que va remonter la dissolution provisoire de la communauté. Il faut donc partager, entre les héritiers présomptifs des deux époux absents, la communauté telle qu'elle était à cette époque de la disparition du premier.

Il est bien clair que les mesures qu'on prend alors ne sont que provisoires; elles peuvent même être plus tard remplacées par d'autres qui ne seront que provisoires encore. On pourra, en effet, posté-

rieurement à cette déclaration d'absence du second époux, apprendre :

Soit 1° l'existence de chacun des deux absents;

Soit 2° l'existence de l'un et la mort de l'autre;

Soit 3° la mort de l'un et de l'autre;

Soit 4° l'existence de l'un, l'autre continuant d'être absent;

Soit, enfin, 5° la mort de l'un, l'autre continuant d'être absent.

Dans les trois premiers cas (existence de tous deux; mort de tous deux; existence de l'un, mort de l'autre), il n'y a plus d'incertitude, plus d'absence; on rentre dans le vrai, et les mesures que l'on prend, soit de continuation de la communauté, quand tous deux vivent, soit de dissolution, quand l'un ou chacun des deux est mort, sont définitives. Mais, dans les quatrième et cinquième cas, où l'un des deux reste absent, on ne fait encore que du provisoire; puisque la connaissance postérieurement acquise, soit de l'existence, soit de la mort de l'absent, peut venir prouver que la communauté, qu'on avait présumée dissoute à telle époque, ou dure encore, ou n'a été dissoute qu'à une époque différente.

XIII. — 390. Pour nous résumer sur tout ce qui précède, depuis le n° VI inclusivement, nous dirons : La continuation provisoire de la communauté et l'administration légale de l'époux présent peuvent finir de six manières différentes :

1° Par la preuve de l'existence de l'époux absent, et alors la communauté a duré en réalité et continue de durer;

2° Par la preuve du décès de l'époux absent, et alors on partage, entre l'époux présent et l'héritier du défunt, la communauté telle qu'elle était au moment de la mort de celui-ci, et sans avoir égard à la continuation apparente postérieure à la dissolution réelle.

Dans ces deux premiers cas, les mesures que l'on arrête sont définitives et irrévocables.

3° Par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence du conjoint ou de cent ans depuis sa naissance. Ici, le provisoire n'est remplacé que par du provisoire. On répute l'absent mort du moment même de sa disparition, et l'on partage, entre l'époux présent et les héritiers présomptifs de l'absent, la communauté telle qu'elle était lors de cette disparition, sauf à faire un nouveau partage, s'il se trouve prouvé plus tard que la dissolution réelle a eu lieu à une autre époque; et sauf, au contraire, à demander restitution aux héritiers présomptifs et à continuer la communauté, s'il se trouve établi que, dans la réalité, cette communauté n'est point dissoute.

4° Par la mort de l'époux présent. On partage encore entre les héritiers de l'époux présent, défunt, et ceux présomptifs de l'époux absent, la communauté telle qu'elle était lors de la disparition de l'absent, présumé mort à cette époque, sauf à faire un nouveau partage, s'il se trouve prouvé qu'elle n'a été dissoute que plus tard.

5° Par la renonciation que l'administrateur fait à la continuation. C'est encore la communauté telle qu'elle était au moment de la disparition de l'absent, que l'on partage provisoirement, sauf, comme dans

le troisième cas, à reprendre les biens donnés aux héritiers présomptifs, pour continuer la communauté, ou bien à faire un nouveau partage, s'il devenait constant que la communauté a toujours duré et dure encore, ou qu'elle a été dissoute à une époque autre que celle de la disparition de l'absent.

6° Enfin, par la déclaration d'absence du conjoint qui avait d'abord opté pour la continuation de la communauté; et l'on agit alors (provisoirement et sauf à prendre d'autres mesures plus tard, s'il y a lieu) comme si ce conjoint était mort, c'est-à-dire que la communauté se partage entre les héritiers présomptifs des deux époux absents, d'après la valeur qu'elle avait lors de la disparition du premier.

XIV. — 391. Toutes les fois que les héritiers, réels ou présomptifs, de l'époux absent, mort ou réputé mort, viennent, par une des six causes énumérées ci-dessus, partager la communauté avec l'époux présent ou ses héritiers, ils prennent et les biens propres de l'absent et ceux formant sa part de la communauté, telle qu'elle était lors de sa dissolution réelle ou présumée. Avec ces divers biens, ils devraient, d'après les principes généraux du droit, demander et obtenir tous les fruits, revenus et intérêts produits par ces mêmes biens depuis le jour où a eu lieu la dissolution, soit réelle, soit présumée, jusqu'à celui où ces biens leur sont remis. En effet, depuis cette dissolution, en d'autres termes, depuis la mort réelle ou supposée de l'absent, ce sont eux qui ont été ou qui sont présumés avoir été propriétaires de ces biens; eux seuls donc, en principe, ont droit aux fruits produits depuis ce moment.

Ils les prendraient, en effet, si nous n'avions au Code la disposition de l'art. 127. Mais cet article les en empêche, en attribuant à l'époux, administrateur légal, tout ou partie de ces fruits : tout, quand le partage n'a lieu qu'après trente ans, depuis la déclaration d'absence ou cent ans, depuis la naissance de l'absent; les neuf dixièmes, si ce partage se fait avant ces trente ans, mais après quinze ans depuis la disparition de l'absent; enfin les quatre cinquièmes seulement, s'il se fait avant ces quinze ans.

Toutefois, ce ne sera pas toujours sur les fruits produits par les biens pendant *tout l'intervalle* entre la dissolution et le moment où se fait le partage, que l'époux présent où ses héritiers pourront prendre une partie ou la totalité. En effet, cet époux n'a droit à ces fruits, en vertu de l'art. 127, qu'autant qu'il est administrateur légal; or, l'administration légale ne commence qu'après la déclaration d'absence. Lors donc que la dissolution, soit réelle, soit présumée, de la communauté remontera à une époque antérieure à la déclaration d'absence (ce qui n'aura lieu que *quelquefois,* quand il s'agira d'une dissolution réelle; mais *toujours,* quand il s'agira d'une dissolution présumée, puisque celle-ci remonte au jour de la disparition), alors tous les fruits produits par les biens, depuis cette dissolution jusqu'à la déclaration d'absence, appartiendront exclusivement aux héritiers de l'absent et leur seront remis avec les biens eux-mêmes et au même titre.

Nous disons *au même titre,* c'est-à-dire définitivement et comme aux vrais propriétaires, si le partage a lieu en vertu d'une dissolution réelle de la communauté; mais provisoirement seulement et sauf restitution, s'il ne s'agit que d'une dissolution présumée. Ces fruits, en effet, comme cela résulte de l'alinéa 2 de l'art. 126 et des principes généraux, auxquels l'art. 127 ne déroge pas quant à eux, puisqu'il ne parle que de ceux produits postérieurement à l'envoi provisoire en possession ou à l'administration légale, ces fruits, disons-nous, forment un capital qui fait partie des biens de l'absent et qui se trouve soumis aux mêmes règles que ceux-ci. C'est ce que nous avons déjà prouvé sous l'art. 123, nº IV.

L'époux présent ne pourra donc prétendre à aucun droit sur ces fruits, si ce n'est qu'il pourra exiger qu'on lui en laisse une petite portion comme salaire des soins et des peines que lui a demandés l'administration antérieure à la déclaration d'absence, si c'est lui qui a effectivement administré avant cette déclaration.

Nous disons *si c'est lui qui a administré,* car il se pourrait que, pendant la présomption d'absence, l'administration ait été exercée, et, dès lors, le salaire gagné, par un mandataire qu'aurait laissé l'absent, ou par un curateur qu'aurait nommé le tribunal.

XV. — 392. Nous avons déjà fait remarquer en passant, mais nous devons dire ici plus spécialement, que la première disposition de notre art. 124 pourrait s'appliquer, non pas seulement au cas de communauté légale, mais aussi au cas de communauté conventionnelle, et même à celui d'une simple communauté d'acquêts accompagnant ou non le régime dotal. Il faudrait, dans ces derniers cas, n'appliquer cette disposition qu'aux biens sur lesquels la communauté a des droits, et appliquer, au contraire, aux autres biens de l'époux absent, la règle ordinaire. Cette règle, comme on se le rappelle, consiste à dire que, la déclaration d'absence une fois prononcée, on peut prendre provisoirement toutes les mesures que l'on prendrait définitivement si l'absent était mort.

Ainsi, quand les époux seront mariés en communauté légale, la communauté ayant droit sur tous les biens de l'absent, sans exception, la continuation de cette communauté, résultat de l'option de l'époux présent, empêchera tous autres, ayant un droit quelconque, d'exercer ce droit, et fera, par conséquent, réputer la déclaration d'absence non avenue complétement et pour tous les biens; en sorte que, malgré cette déclaration, l'absent sera toujours supposé vivant.

Mais, s'il n'y avait qu'une communauté conventionnelle assise sur des bases moins larges; par exemple, s'il avait été convenu que l'administration et la jouissance de tels ou tels immeubles resteraient à l'époux à qui ces immeubles appartiennent, la continuation de la communauté n'aurait pas d'effet quant à ces biens, et il faudrait, pour eux, appliquer la règle ordinaire, c'est-à-dire qu'on enverrait provisoirement en possession de ces biens les héritiers présomptifs ou les dona-

taires, ou légataires, etc., de sorte que, pour ces biens, il y aurait supposition de mort.

Il en sera de même, dans le cas où les époux auraient adopté le régime dotal en stipulant une communauté d'acquêts. L'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté n'aura d'effet que pour les biens composant cette communauté d'acquêts; quant à tous les biens dotaux ou paraphernaux, ils resteront tous soumis aux effets ordinaires de la déclaration d'absence.

Ainsi, pour appliquer, dans ce cas, les probabilités posées par la loi, il faudra dire que l'absent est, tout à la fois, supposé vivant sous tel rapport et quant à tels biens, et supposé mort sous tel autre rapport et quant à tels autres biens.

393. Cette doctrine, du reste, est loin d'être admise par tout le monde. Elle se trouve être le point milieu de deux théories extrêmes, dont l'une enseigne que, quand il n'y a pas communauté pure et simple, communauté parfaite, communauté *légale* enfin, l'époux présent n'a aucun droit d'option et ne peut empêcher en rien l'effet de la déclaration d'absence; tandis que, suivant l'autre, une simple société d'acquêts suffit pour arrêter l'effet de cette déclaration quant à tous les biens de l'absent, sans restriction. La première opinion compte peu de partisans; mais la seconde est professée notamment par Toullier, M. Duranton, M. Bellot, M. Zachariæ et M. Demolombe (II, 276) (1). Or, toutes deux sont, selon nous, en contradiction avec les principes de la loi.

Le tort commun à l'une et à l'autre de ces doctrines, c'est de vouloir que, quand deux régimes de mariages sont combinés ensemble, l'un domine l'autre et l'efface pour servir seul de point de départ. Ainsi, quand deux époux ont adopté le régime dotal avec une communauté d'acquêts, les partisans de la première opinion disent : « Les époux sont dotaux; donc il n'y a lieu d'appliquer *en rien* l'art. 124. » Les adversaires répondent : « Malgré la présence du régime dotal, les époux ont une communauté; donc, il faut appliquer l'art. 124 *absolument et pour tous les biens.* »

Mais pourquoi donc ne prendre ainsi que la moitié de la vérité? Les époux ne sont alors ni dotaux seulement, ni communs seulement. Ils sont dotaux et communs en même temps : dotaux pour tels biens, communs pour tels autres; il faut donc leur appliquer pour tels biens les avantages et les désavantages de la communauté; pour tels autres, les droits et les devoirs du régime dotal. Ainsi, il y a communauté pour tels biens; pourquoi donc l'époux présent n'obtiendrait-il pas la continuation de cette communauté, large ou étroite, et n'arrêterait-il pas, par là, quant aux biens sur lesquels elle frappe, l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent?... Mais, réciproquement, comment veut-on que, commun pour tels biens seulement, il invoque l'art. 124

(1) *Adde :* Aubry et Rau (4e édit., I, § 155, p. 615); Massé et Vergé (I, p. 145).

pour les autres? Ne voit-on pas qu'on arrive à l'absurde par les termes mêmes, puisqu'il s'agit de la *continuation* provisoire de la communauté quant à des biens pour lesquels la communauté n'existe pas?

En deux mots : l'esprit et le texte de l'art. 124 accordent le bénéfice qui nous occupe à l'époux *commun en biens;* donc, c'est toujours et c'est seulement dans les limites dans lesquelles il est commun en biens, que l'époux présent doit jouir de ce bénéfice. Il peut donc y avoir lieu, selon nous, à la simultanéité de l'envoi provisoire des divers ayants droit et de l'administration légale de l'époux.

394. Quand il y aura ainsi concours de l'envoi provisoire en possession et de l'administration légale, on aura à se demander si l'époux qui opte pour la continuation de la communauté pourrait, tout en prenant l'administration légale quant aux biens sur lesquels la communauté frappe, venir, d'un autre côté, en vertu de l'envoi provisoire, prendre sur les autres biens une donation à lui faite pour le cas de survie. Cet époux dirait : Puisque, pour les biens non soumis à la communauté, mon option reste sans effet, la déclaration d'absence conserve donc le sien, et mon époux est supposé mort. Donc, tous ceux qui ont sur ces biens des droits subordonnés à la condition de son décès peuvent les exercer en vertu de l'art. 123; or, je suis de ce nombre, puisqu'un de ces biens m'a été donné pour le cas où je survivrais.

Ces prétentions ne seraient pas admissibles. En règle, en laissant la déclaration d'absence produire ses effets, l'absent est supposé mort; si la loi permet à l'époux commun en biens de le faire réputer vivant et d'invoquer les conséquences de cette supposition, ce n'est pas pour qu'il puisse venir, d'un autre côté, prétendre qu'il est mort. C'est à cet époux de choisir entre la supposition de la mort et celle de la vie; s'il veut, comme envoyé provisoire, venir prendre ses gains de survie, c'est à lui de ne pas repousser la supposition de mort établie par la loi, et d'opter, par conséquent, pour la dissolution provisoire. Mais il ne peut pas scinder les effets légaux de la déclaration d'absence, en les répudiant d'un côté pour les invoquer de l'autre.

XVI. — 395. Le dernier alinéa de notre article nous dit que la femme, en optant pour la continuation provisoire de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite. Ces derniers mots, *le droit d'y renoncer*, ont donné lieu à une erreur que nous devons signaler ici. Quelques-uns ont cru qu'il s'agissait du droit de renoncer à la continuation provisoire; et de ce que la loi n'accordait ce droit qu'à la femme, ils ont conclu qu'il n'appartiendrait pas au mari; en sorte que celui-ci ne pourrait jamais faire cesser la continuation provisoire qu'il aurait une fois fait naître par son option. C'est là une erreur : l'époux présent, quel qu'il soit, peut toujours, comme nous l'avons dit, renoncer à la continuation provisoire, parce que c'est là un bénéfice introduit en sa faveur. Pourquoi d'ailleurs, ce droit serait-il plutôt accordé à la femme qu'au mari?... La vérité est que ce n'est nullement de ce droit que notre alinéa s'occupe, mais de celui accordé à la femme par

l'art. 1453, de renoncer *à la communauté* lors de la dissolution, quand cette communauté lui paraît mauvaise.

Là-dessus, il était utile que la loi s'expliquât. En effet, ce droit de renoncer à la communauté est donné à la femme en compensation de ce que l'administration entière de la communauté appartient au mari, sans qu'elle puisse s'en occuper; or, quand la femme a opté pour la continuation provisoire, elle a eu alors l'administration; elle a donc contribué à faire la communauté ce qu'elle est. On aurait pu croire, par conséquent, que, dans ce cas, elle ne pourrait pas se soustraire, par sa renonciation, à des résultats auxquels elle n'est pas étrangère, et que le bénéfice de l'art. 1453 lui serait alors enlevé. C'est là ce que le législateur a proscrit, en disant que, même après son option pour la continuation provisoire, la femme pourra néanmoins rester étrangère aux résultats de la communauté, en renonçant lors de la dissolution, soit réelle, soit présumée.

XVII. — 396. Tout ce que nous avons dit jusqu'ici ne se réfère qu'au cas où il y a communauté entre les époux et où l'époux présent a opté pour la continuation de cette communauté. Il nous faut voir, maintenant, ce qui arrivera : 1° si l'époux opte pour la dissolution de la communauté (c'est le cas de la deuxième phrase de notre article); ou bien, 2° s'il n'y a pas de communauté entre les époux, auquel cas il n'y a plus d'option possible; car on n'est plus dans le cas prévu par notre article.

Dans ces deux cas, il ne saurait y avoir de difficulté; la déclaration d'absence produit tous ses effets, et il faut, par conséquent, appliquer la règle générale et ordinaire, savoir : Que l'on doit prendre provisoirement les mesures que l'on prendrait définitivement si l'absent était mort au moment où il a disparu (1). Ainsi, la deuxième phrase de notre article, qui appelle l'époux présent à exercer provisoirement les droits qu'il exercerait définitivement si son conjoint était mort, n'est qu'une conséquence de cette règle et une application particulière de la disposition générale de l'art. 123, qui appelle tous ceux (autres que les héritiers, appelés, eux, par l'art. 120) ayant des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, à venir exercer ces droits. Nous rentrons donc dans les principes ordinaires : en sorte que, quand même cette deuxième phrase de l'art. 124 n'existerait pas, le droit serait toujours le même, et tout ce que nous allons dire, il faudrait le dire également en vertu de l'art. 123.

Du reste, il est bien entendu que la dissolution de communauté qui a lieu alors n'est que provisoire, comme notre article le dit lui-même, et que si, plus tard, il vient à être prouvé que la dissolution réelle n'a eu lieu que postérieurement, il faudra faire un nouveau calcul et partager la communauté en y comprenant tout ce qui lui appartenait à cette époque de la dissolution réelle. Ainsi, c'est en 1820 qu'un des

---

(1) *Conf.* Douai, 13 janvier 1865 (Dev., 66, 2, 61).

époux communs en biens a disparu; en 1825, on a prononcé la déclaration d'absence, et l'époux présent n'a point demandé la continuation de la communauté; la déclaration d'absence a donc produit de suite ses effets, et l'on a partagé provisoirement la communauté dans l'état où elle était en 1820, lors de la disparition de l'absent. Plus tard, on apprend que c'est seulement en 1826 que l'époux absent est mort et qu'a eu lieu, par conséquent, la dissolution réelle. Ce sera de cette époque de 1826 que l'on partira pour déterminer le montant de la communauté à partager définitivement. Ainsi, outre la part que l'époux présent a prise lors de la dissolution provisoire, on comprendra dans la communauté tous les fruits produits par les biens de l'époux présent, depuis 1820 jusqu'en 1826, ainsi que toutes les successions mobilières et les donations, testamentaires ou autres, aussi mobilières, qu'il a pu recueillir pendant ce même temps. On y comprendra aussi, d'un autre côté, la part que les héritiers présomptifs de l'époux absent ont prise lors de la dissolution provisoire. Quant aux fruits produits, soit par cette part, soit par les autres biens de l'absent, il faudra distinguer. Ceux échus jusqu'en 1825, époque de la déclaration d'absence, et qui n'ont été donnés à ces héritiers que comme capital, d'après l'art. 126, alinéa 2, seront aussi compris dans la communauté; mais ceux produits postérieurement resteront à ces héritiers, en vertu de l'art. 127. Enfin, quant aux successions mobilières ou donations testamentaires, aussi mobilières, auxquelles l'absent aurait été appelé, pendant ce même intervalle de 1820 à 1826, et qui, en vertu du principe de l'art. 136, ont été dévolues exclusivement à ceux qui auraient dû concourir avec cet absent ou venir à son défaut, elles seront restituées par ceux qui les ont ainsi recueillies, et seront aussi comprises dans la communauté.

397. Nous ne parlons pas de donations *entre-vifs*, faites à l'époux absent, parce que de telles donations doivent être formellement acceptées (art. 932), et qu'étant absent, cet époux n'a pu faire d'acceptation.

XVIII. — 398. Nous avons examiné, au n° V, quels sont, en cas d'option pour la continuation de la communauté, les droits de l'époux présent, tant sur les biens de la communauté ou ceux du conjoint que sur les siens propres.

Voyons ici quels sont les droits de cet époux présent, optant pour la dissolution provisoire de la communauté.

L'époux présent peut, dans ce cas de dissolution provisoire, avoir à prendre : 1° ses biens personnels; 2° sa part de la communauté; 3° d'autres biens de la communauté, comme gains de survie, dans le cas où il aurait été stipulé, conformément à l'art. 1515, que chacun des époux, ou tel époux seulement pourra, s'il survit, prendre par préciput, c'est-à-dire avant partage, telle fraction déterminée, un sixième, un huitième, etc., de la communauté ou une portion de cette communauté équivalente à une somme de... ; 4° des biens propres de l'époux absent, aussi comme gains de survie, c'est-à-dire comme

donnés à cet époux présent pour le cas où il survivrait; 5° pour la femme seulement, et dans le cas où elle renoncerait à la communauté, en vertu de l'art. 1453, les choses par elles apportées dans cette communauté et dont elle a stipulé la reprise, en vertu de l'art. 1514.

1° Pour les biens personnels, si c'est la femme qui est présente, elle pourra vendre ou donner ses meubles, sans aucune formalité préalable; mais elle ne pourrait aliéner ou hypothéquer ses immeubles qu'avec autorisation de justice, conformément aux art. 217 et 219. En effet, la supposition de mort, qui résulte de la déclaration d'absence, n'existe que quant aux biens et aux intérêts pécuniaires; elle ne brise pas la puissance maritale.

Quant au mari, il est clair qu'il pourra, comme il le peut toujours, disposer de tous ses biens, meubles ou immeubles.

2°, 3° et 5°. La femme ne peut aliéner aucun des biens pris par elle dans la communauté, soit comme formant sa part, soit comme gains de survie, soit, en cas de renonciation, comme formant l'apport dont elle a stipulé la reprise. En effet, la dissolution de la communauté n'étant que provisoire, la femme n'étant pas propriétaire de ces différents biens, elle n'est, quant à eux, qu'une simple envoyée en possession; son droit, qui ne résulte que de la déclaration d'absence, est donc tout simplement celui qui se trouve indiqué dans notre titre pour les divers autres envoyés; en sorte qu'elle ne peut aliéner ni les immeubles, à cause de l'art. 128, ni les meubles, à cause du deuxième alinéa de l'art. 126.

Mais il en sera autrement du mari dans les mêmes cas, c'est-à-dire quant aux biens de la communauté pris par lui, soit comme gains de survie, soit comme formant sa part de cette communauté.

Le mari n'est pas, lui, quant à ces biens, un simple envoyé en possession; ces biens ne sont pas, vis-à-vis de lui, *des biens de l'absent*. La communauté était à lui; en consentant à ce qu'elle fût provisoirement dissoute et partagée, il a renoncé provisoirement à ses droits sur la portion qu'il laisse prendre aux héritiers de sa femme, mais la portion qui lui reste est toujours et dans tous les cas à lui. Elle est à lui, si la communauté, dissoute en apparence, dure encore en réalité, puisqu'il est comme maître de cette communauté; elle est encore à lui si cette communauté est vraiment dissoute, puisque alors il est propriétaire parfait et absolu de cette portion.

Du reste, si, sur cette portion, le mari a *autant* de droits qu'il en avait auparavant sur toute la communauté, il est clair qu'il n'en peut avoir *plus*, puisque l'envoi provisoire n'apporte, comme on l'a vu, aucun droit d'aliénation et ne peut pas, par conséquent, lui donner des droits nouveaux et plus étendus que ceux résultant du contrat de mariage. Le mari ne pourra donc, aux termes de l'art. 1422, aliéner un immeuble ou une quotité de meubles qu'à titre onéreux, ainsi que nous l'avons dit au n° V.

4° Enfin, quant aux biens propres de l'époux absent qui seraient pris comme gains de survie par l'époux présent, il est clair que, si c'est la

femme qui est présente, elle ne pourra aliéner ni les immeubles, ni les meubles, puisque ce sont là *des biens d'absent* et qu'elle ne les détient qu'en vertu de l'envoi provisoire, lequel envoi provisoire ne donne pas le droit d'aliéner. Et ici, le mari n'aura pas plus de droits que la femme. En effet, quand il s'est agi des biens pris dans la communauté, nous lui avons reconnu le droit de les aliéner, parce que les art. 126 et 128 ne défendent d'aliéner que les *biens de l'absent,* et que, quand c'est la femme qui est absente, les biens de communauté ne sont pas des biens de l'absent; mais ici, c'est de biens de l'absent, de biens propres à la femme qu'il s'agit. Le mari ne pourra donc pas, à cause de l'art. 126, aliéner même les meubles que, comme gains de survie, il aura pris provisoirement.

399. Maintenant, nous devons faire ici, pour ce cas de dissolution provisoire, une observation semblable à celle que nous avons faite, au n° VI, pour le cas de continuation de la communauté. C'est que, s'il vient à être prouvé par l'événement que les biens de la communauté que le mari avait capacité d'aliéner et qui ont été aliénés en effet, l'ont été à une époque où ils n'étaient plus à lui, mais à la femme, celle-ci ou ses héritiers ne pourront pas attaquer l'aliénation, qui restera valable vis-à-vis du tiers acquéreur, mais pourront agir contre le mari ou ses représentants pour obtenir indemnité.

Ainsi, une femme ayant disparu en 1810 a été déclarée absente en 1815, et son mari a demandé la dissolution provisoire de la communauté. Cette communauté était de 30 000 francs; sur ces 30 000 francs, le mari (aux termes de notre article et en vertu de la déclaration d'absence, qui faisait présumer la femme morte depuis 1810) a pris d'abord 10 000 francs, parce qu'il avait été stipulé que le survivant aurait par préciput le tiers de la communauté, puis il a partagé les autres 20 000 francs avec les héritiers présomptifs de la femme. Dès 1816, le mari est mort, et après sa mort ses héritiers vendent les immeubles qui lui étaient échus. Quelques années plus tard, on a la certitude que la femme vit encore ou n'est morte qu'après 1816, et que, par conséquent, c'est elle qui a survécu à son mari. Le préciput pris par le mari appartient donc ou à cette femme, ou à ses héritiers; cette femme ou ses héritiers devront respecter l'aliénation faite par les héritiers du mari (pourvu qu'elle l'ait été à titre onéreux), mais ils agiront, pour se faire rembourser les 10 000 francs de préciput, contre les héritiers du mari; et, en cas d'insolvabilité, contre la caution qu'il a dû fournir, comme nous allons le voir au 3° du n° XIX.

XIX. — 400. Si l'époux, dit la deuxième phrase de notre article, demande la dissolution provisoire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution *pour les choses susceptibles de restitution.*

Quand l'époux opte pour la continuation de la communauté, nous avons vu, sous le n° IV, qu'il n'est pas tenu de donner caution; mais quand il opte pour la dissolution, il y est tenu, comme le sont tous les divers envoyés en possession. Alors, en effet, son droit est sem-

blable à celui de ces envoyés, ou plutôt il est lui-même un de ces envoyés.

Toutefois, la loi semble mettre entre l'époux commun, demandant la dissolution de la communauté, et les autres envoyés en possession, une différence quant à la caution qu'ils doivent donner. En effet, dans les art. 120 et 123, relatifs, le premier aux héritiers, et le deuxième aux divers autres intéressés, la loi dit qu'ils devront *donner caution*, sans ajouter aucune restriction; tandis que, dans notre article, on dit que l'époux devra donner caution *pour les choses susceptibles de restitution,* ce qui semblerait signifier que, parmi les choses que l'époux pourra prendre, il en est qui ne seront pas susceptibles de restitution, et pour lesquelles, par conséquent, la caution ne serait pas due.

Ce serait cependant là une erreur; la caution sera due pour tout, parce que la restitution sera possible pour toutes les choses prises, soit par le mari, soit par la femme. Il est facile de l'établir.

401. Comme nous l'avons déjà dit au numéro précédent, les choses que peut prendre l'époux présent, demandant la dissolution provisoire, sont :

1° Ses biens propres;

2° Sa part de la communauté;

3° D'autres biens de la communauté à lui attribués comme gains de survie;

4° Des biens propres de l'absent, également comme gains de survie;

5° Enfin, pour la femme seulement et en cas qu'elle renonce à la communauté, les choses par elle apportées dans la communauté et dont elle a stipulé la reprise.

Or, chacune de ces cinq classes de biens est susceptible d'être restituée et ne peut être prise, dès lors, qu'à la charge de donner caution.

1° Pour les propres de l'époux présent, la caution sera due par cet époux, que ce soit le mari ou que ce soit la femme, non pour les biens eux-mêmes, mais pour leur revenu.

En effet, si c'est la femme qui est présente, elle ne peut pas, selon sa fantaisie, aliéner ses propres et priver ainsi de leur revenu la communauté, qui peut se trouver avoir continué.

Quant au mari, il semblerait tout d'abord que la caution n'est pas due par lui dans le même cas, puisqu'il a le droit, lui, de dissiper tous les biens de la communauté; mais il n'en est cependant pas ainsi. Il est à craindre que le mari ne dissipe, *après la dissolution réelle arrivée,* et, dès lors, à un moment où il n'en avait plus de droit, des choses dont la restitution, par conséquent, peut lui être demandée, non par la femme (puisque la dissolution *réelle* n'a pu arriver que par sa mort), mais par les héritiers de cette femme.

Par exemple : la dissolution provisoire remonte à 1820; le revenu des biens personnels du mari est de 5 000 francs par an; la dissolution réelle n'a lieu, par la mort de la femme, qu'en 1825; voici donc 25 000 francs de revenus qui appartiennent à la communauté. En 1826 et 1827, ces 25 000 francs sont dissipés par le mari à qui ils n'appar-

tiennent que pour moitié; et qui ne pouvait plus, la communauté étant dissoute, dissiper que cette moitié à lui appartenant. C'est en 1828 qu'on apprend la dissolution réelle, arrivée en 1825 : eh bien! les héritiers de la femme auront alors le droit de demander au mari la restitution de 12 500 francs. Donc, il y a restitution possible, et, par conséquent, la caution est due.

2° Pour la part de communauté prise par l'époux, il sera encore dû caution, soit par le mari, soit par la femme.

En effet, si c'est la femme qui est présente, elle devra, en cas de retour du mari, lui restituer cette part.

Que si c'est le mari qui est présent, la restitution est encore possible, non pas pour le cas où la femme reviendrait, car alors la communauté ayant duré, le mari aurait été dans son droit en la dissipant; mais, pour le cas où la femme absente mourrait, et où, dans l'intervalle entre la dissolution provisoire et la dissolution réelle, la part prise provisoirement par les héritiers présomptifs de la femme serait diminuée par cas fortuit. Un exemple va faire comprendre ceci.

Supposons qu'à l'époque de la disparition de la femme, époque à laquelle il a fallu remonter pour fixer le *quantum* de la masse commune à partager provisoirement, la communauté fût de 100 000 francs. Les héritiers présomptifs de la femme, d'un côté, le mari, de l'autre, ont pris 50 000 francs. Plus tard, on acquiert la preuve que la femme n'est morte que plusieurs années après sa disparition, et il se trouve que, dans l'intervalle entre cette disparition de la femme et sa mort, un immeuble de 20 000 francs, qui faisait partie du lot des héritiers, a péri par cas fortuit. Comme la communauté, dissoute en apparence à partir de la disparition de la femme, a duré en réalité jusqu'à sa mort, l'immeuble appartenait donc à cette communauté quand il a péri, et, par conséquent, sa perte doit être supportée pour moitié par le mari, et pour l'autre moitié seulement par les héritiers de la femme. C'est donc 10 000 francs, moitié de la valeur de cet immeuble, que le mari doit restituer à ceux-ci sur la part qu'il avait prise.

Donc, là encore, il y a, pour le mari, restitution possible, et ce mari doit caution.

3° Pour les biens de communauté pris comme gains de survie la femme devra caution, puisqu'elle sera tenue, si son mari revient, de lui restituer ces biens, comme au maître de la communauté. Le mari la devra aussi, car il se pourrait que les biens par lui pris à ce titre dussent être restitués à la femme, non pas par lui, mais par ses héritiers, s'il venait à être prouvé que la femme vit encore à une époque où le mari est mort, et que dès lors ce mari n'a réellement pas eu de droit à ces gains de survie.

4° Quant aux gains de survie consistant en biens personnels de l'époux absent, l'obligation de ne les prendre qu'en donnant caution est évidente, pour le mari comme pour la femme. En effet, ils n'appartiennent à l'époux présent, quel qu'il soit, que sous la condition du

prédécès de son conjoint; or, on peut toujours acquérir la preuve que ce conjoint absent n'est pas mort.

5° Enfin, la femme qui, après sa renonciation à la communauté, exercerait la reprise de ce qu'elle a apporté, devrait encore caution; puisque, si son mari revient, elle sera tenue de lui restituer ce qu'elle a pris ainsi.

On voit donc que, soit le mari, soit la femme devront caution pour tout ce qu'ils prendront, parce que pour tout il y aura restitution possible. La seule différence entre eux et les autres envoyés en possession, différence qui donne un sens à ces mots restrictifs de l'article : *pour les choses susceptibles de restitution,* c'est que les envoyés peuvent avoir à restituer, dans tous les cas, la totalité de ce qu'ils prennent, tandis que pour l'époux il est un cas (celui où il s'agit de ses propres) où la restitution n'est possible que quant aux revenus.

XX. — 402. Sous les divers autres régimes que les époux auraient pu adopter sans stipuler de communauté, il n'y aura plus lieu à l'application de notre article, et l'époux présent ne pourra rien avoir à prendre comme époux.

Ainsi, le mari marié sous le régime dotal n'aura plus, après la déclaration d'absence, ni l'administration, ni la jouissance des biens dotaux; et celui qui est marié sous le régime exclusif de la communauté perdra l'administration et la jouissance qu'il avait de tous les biens de sa femme. On rentrera alors, comme dans le cas où l'époux présent, marié en communauté, n'opte pas pour la continuation de cette communauté, sous l'application des principes ordinaires.

Tous les biens de l'absent passeront donc à ses héritiers ou autres ayants cause. Seulement, l'époux présent pourrait bien être lui-même un des ayants cause et avoir une donation ou un legs à prendre.

Il se pourrait même que ce fût lui qui soit appelé à succéder à tous les biens de son conjoint. Ce serait, d'après l'art. 767, si celui-ci ne laissait ni parents au degré successible, ni enfants naturels. L'époux présent exercerait alors ses droits en donnant caution et comme tout autre intéressé le ferait.

Mais ce ne serait plus alors en vertu de notre article qu'il viendrait, ce serait en vertu de l'art. 123, s'il se présente comme donataire, légataire, etc.; et en vertu des art. 120 et 767 combinés, s'il se présente comme successeur à tous les biens de l'absent.

XXI. — 403. Nous croyons ne pas devoir abandonner l'explication de cet article sans présenter une observation importante, qui eût pu se placer également sous l'un des articles précédents, mais qui sera mieux comprise ici.

Plusieurs fois, dans l'explication de ce titre, nous avons dit que la déclaration d'absence fait naître la supposition, la *présomption* de la mort de l'absent. Pourtant, on pourra souvent lire dans les auteurs, ou entendre enseigner dans les cours, qu'à quelque moment que ce soit de l'absence, la loi n'établit *aucune présomption,* ni de vie, ni de mort,

et que le doute absolu, l'incertitude parfaite est l'unique idée à laquelle elle se tient toujours. Cette contradiction, si flagrante en apparence, n'a rien de sérieux au fond; c'est une pure dispute de mots à laquelle donne occasion le sens technique et tout spécial que le mot *présomption* présente dans le langage juridique.

On entend par *présomption* une idée *prise avant* toute preuve et sans aucune certitude (*præ-sumere*) ; une simple conjecture, déduite comme conséquence d'un fait connu à un fait inconnu. Ainsi, pour tout le monde et dans un langage ordinaire, la présomption est une opinion probable, fondée uniquement sur des vraisemblances et à laquelle on se garde bien, dès lors, d'attribuer la même force, les mêmes effets, qu'à la certitude acquise. Mais, au contraire, on appelle présomption de droit, *présomption légale*, une conjecture à laquelle la loi attribue le même effet qu'à la vérité prouvée.

Les présomptions légales sont de deux classes : les unes n'ont de force que jusqu'à preuve contraire; les autres ont une puissance telle, qu'on ne serait pas admis à prouver la fausseté du fait présumé vrai par la loi (art. 1349, 1350 et 1352). Nos vieux auteurs, pour caractériser ces deux classes de présomptions, avaient imaginé une qualification barbare et insignifiante, mais qu'il est bon de connaître; ils appelaient présomptions *juris* celles qui admettent la preuve contraire, et qualifiaient les autres de présomptions *juris et de jure*.

Puisque la *présomption légale* est celle qui donne au fait présumé la même force absolument qu'à une vérité prouvée, il est clair que la déclaration d'absence ne produit pas une présomption légale de la mort de l'absent. Car, si cette présomption légale existait, on pourrait faire, absolument et sans restriction ni condition aucune, ce que permettrait le décès certain et prouvé : ainsi, tous ceux ayant des droits subordonnés à ce décès, les exerceraient sans caution; ils prendraient les biens, non comme envoyés en possession, mais comme propriétaires, et pourraient les aliéner; bien plus, le mariage de l'absent serait dissous, et son conjoint libre d'en contracter un autre, etc.

Ainsi, il n'y a pas présomption légale, dans le sens technique du mot; c'est bien entendu. Mais qu'on ne dise pas pour cela, comme on le fait souvent, que la loi reste toujours dans le doute absolu, sans jamais faire dominer ni la pensée de la vie, ni la pensée de la mort.

Toujours le doute absolu! Mais une même cause doit toujours donner le même effet; pourquoi donc la loi prend-elle successivement des mesures plus graves à mesure que l'absence se prolonge? Pourquoi, après la simple présomption d'absence, organise-t-elle l'absence déclarée?... Pourquoi, après la déclaration d'absence, appelle-t-elle les héritiers, légataires, nus propriétaires et autres intéressés, à se partager les biens de l'absent, au lieu de confier ces biens à un administrateur unique qui, après un temps déterminé, en rendrait compte à qui de droit?...

Il est évident que les deux idées de vie et de mort dominent successivement. C'est la première qui l'emporte pendant la présomption d'absence; mais la seconde l'emporte, à son tour, une fois la déclaration

d'absence obtenue. C'est évidemment de cette idée de la mort, dominant désormais celle de la vie, que découle l'ouverture provisoire de la succession et l'exécution, provisoire aussi, du testament. C'est certainement à cause de cette présomption de décès, commençant à la déclaration d'absence et se fortifiant ensuite à mesure que les années s'accumulent, que, d'après les art. 127 et 132, les divers envoyés prennent, sur les revenus, une fraction de plus en plus grande, et arrivent enfin à garder la totalité et à pouvoir disposer des biens eux-mêmes.

Pour jeter du doute sur cette vérité, on nous dit : « Vous vous trompez sur les motifs qui ont fait organiser tel qu'il est l'envoi en possession, et vous saisissez mal la nature et le vrai caractère de cet envoi. Si, après la déclaration d'absence, le législateur, au lieu de confier à un administrateur unique le soin des biens de l'absent, en attribue divisément la possession à tous ceux qui en seraient propriétaires en cas de décès, ce n'est point pour consacrer, au profit de ceux-ci, les droits qui existent pour eux sous la condition de ce décès; ce n'est point à cause d'une prétendue présomption de ce décès, qui rendrait plus probable l'éventualité de ces droits. Non, cette mesure est prise dans l'intérêt de l'absent lui-même et par la raison que ces biens seront mieux administrés par ceux qui ont l'espérance de les garder, que par un étranger. Donc, l'envoi en possession n'est point une ouverture provisoire de succession; il ne se fonde point sur une plus grande probabilité du droit des envoyés; il ne suppose point une présomption de mort. »

Ces idées sont certainement inexactes; elles se rattachent à un système que quelques-uns des rédacteurs voulaient faire prévaloir au sein du Conseil d'État, mais qui n'a pas été admis.

Si l'envoi en possession avait été organisé dans l'intérêt unique ou même principal de l'absent et comme le meilleur moyen d'assurer le bon entretien de ses biens, il est clair, d'abord, qu'on l'aurait placé à une époque aussi rapprochée que possible de la disparition : il aurait dû avoir lieu, non pas, il est vrai, aussitôt après cette disparition, mais dès qu'il se serait écoulé un intervalle assez long pour donner des doutes sérieux sur l'existence, c'est-à-dire après deux ou trois ans, au plus tard. C'est, en effet, ce que proposait de faire le consul Cambacérès, dans la séance du 16 fructidor an 9, pour le cas où l'absent aurait laissé des immeubles dépérissant faute d'entretien (Fenet, t. VIII, p. 372). D'un autre côté, les envoyés en possession ne venant, dans ce système, que comme étant les meilleurs administrateurs possibles et sans aucune présomption de mort de l'absent, la fraction des revenus à eux attribuée l'eût été *uniquement* comme salaire de leur administration, et, comme cette administration n'est pas plus pénible à telle époque qu'à telle autre, cette fraction aurait toujours été la même. Or, il n'en est pas ainsi : d'une part, on n'a permis l'envoi en possession qu'après cinq ou onze années au plus tôt, en laissant au tribunal le soin d'ordonner les mesures d'entretien pendant ce temps; puis, une fois cet envoi réalisé, la fraction des revenus à garder, fixée aux quatre

cinquièmes pour les premières années, est portée plus tard aux neuf dixièmes (art. 127). Ceci prouve bien que la loi fait entrer dans le calcul de cette fraction une présomption de mort de l'absent, laquelle devient plus forte après un long temps; que l'éventualité du droit des envoyés acquiert, par la déclaration d'absence, une probabilité qui va toujours en grandissant; et qu'à ses yeux, l'envoi en possession est bien l'attribution provisoire d'une succession présumée ouverte.

Cette présomption de mort a d'ailleurs été proclamée au Conseil d'État et au Corps législatif.

En parlant du Code prussien, qui, après dix ans, permet de prononcer une déclaration de mort, M. Tronchet dit qu'une telle disposition est ridicule; que *l'absence peut être* UNE PRÉSOMPTION DE LA MORT, *mais que la loi n'admet de certitude que sur des preuves* (Fenet, t. VIII, p. 373). Plus loin, il dit que c'est parce que la possession des héritiers présomptifs ne se fonde *que sur la présomption de la mort* de l'absent, que leurs droits doivent cesser par le retour de cet absent (p. 374). Au Corps législatif, l'orateur du Gouvernement a exprimé formellement l'idée que nous avons essayé d'établir plus haut, savoir : que les héritiers présomptifs et autres intéressés ont un titre tout naturel à l'obtention de la possession, attendu que la déclaration d'absence *rend leur droit éventuel* PLUS PROBABLE (Fenet, p. 453).

Enfin, ce qui établit péremptoirement et clairement qu'aux yeux de la loi, l'envoi en possession est bien l'attribution d'une succession ouverte *provisoirement* par la mort *présumée* de l'absent, c'est une disposition postérieure au Code, l'art. 40 de la loi du 28 avril 1816, qui force les héritiers et autres envoyés d'acquitter dans les six mois les droits de mutation, comme en cas de décès pour tous les biens et droits qu'ils recueillent; sauf à réclamer plus tard les sommes payées, si l'absence vient à cesser.

125. — La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.

I. — **404**. La loi ne veut pas dire que ce sera là un véritable dépôt. Le dépôt, en effet, d'après les art. 1915 et suivants est un contrat *gratuit* qui ne peut avoir d'application qu'aux *meubles;* la possession provisoire, au contraire, frappe sur les immeubles comme sur les meubles, et elle donne lieu à un salaire qui va être fixé par l'art. 127.

Notre article veut seulement dire, comme on le comprend par son ensemble, que les envoyés en possession ne deviennent pas propriétaires des biens de l'absent.

126. — Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence

du procureur de la République près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par ledit procureur de la République.

Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus.

Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire, pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur de la République; les frais en seront pris sur les biens de l'absent.

SOMMAIRE.

I. Utilité de l'inventaire exigé par l'article. — Les expressions *mobilier et titres de l'absent* comprennent ou ne comprennent pas le mobilier et les titres de la communauté, selon que l'époux absent est le mari ou la femme.

II. C'est au tribunal seul qu'il appartient de décider si les meubles de l'absent doivent ou non être vendus. Cependant la vente qui en serait faite sans l'ordre du tribunal resterait souvent inattaquable par l'effet de l'art. 2279.

III. Remarque importante sur les mots : *ainsi que les fruits échus*. Renvoi au n° IV de l'art. 123.

IV. Utilité de la visite d'expert conseillée par le dernier alinéa. — Pourquoi les frais en sont à la charge de l'absent. — *Quid*, si cette visite n'a pas lieu?

I. — 405. Quelque parti qui ait été pris, après la déclaration d'absence, et soit qu'il y ait eu envoi provisoire en possession, parce que l'époux présent n'était pas commun en biens, ou parce que, commun en biens, il a demandé la dissolution provisoire; soit qu'il y ait continuation de communauté, parce que l'époux commun a opté pour cette continuation; dans tous les cas, la première mesure que la loi ordonne, c'est l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent. En effet, le mobilier et les titres sont des choses que l'on pourrait faire disparaître, et dont il est prudent, dès lors, de faire constater l'existence, afin que l'absent ou ses héritiers puissent, le cas échéant, en demander la restitution.

Ce n'est pas des meubles et titres de la communauté, c'est seulement des meubles et titres de *l'absent,* que notre article demande l'inventaire. Mais sous ce nom de meubles de l'absent, les meubles de la communauté seront quelquefois compris.

En effet, la communauté, comme nous l'avons déjà vu, est censée appartenir au mari tant qu'elle dure.

Lors donc que ce sera le mari qui sera absent, les meubles et titres appartenant à la communauté seront les meubles et titres de l'absent; en sorte que, quand c'est la femme qui est présente, soit qu'elle détienne toute la communauté, parce qu'elle a opté pour sa continuation, soit qu'elle n'en détienne qu'une partie, comme envoyée en possession parce qu'elle a demandé la dissolution provisoire, il lui faudra faire faire inventaire de *tous* les meubles et titres qu'elle prendra.

Au contraire, si c'est le mari qui est présent, soit qu'il demande la continuation de la communauté, soit qu'il demande sa dissolution et

l'envoi provisoire, il ne sera jamais tenu d'inventorier ce qu'il prendra de cette communauté (1), parce que ce ne seront pas là des meubles ou titres de *l'absent*. Mais il devra, bien entendu, dans les deux cas, faire faire faire inventaire des meubles et titres restés propres à sa femme et non tombés en communauté.

Ainsi, les meubles et titres pour lesquels notre article exige l'inventaire sont précisément, et cela est de toute raison, ceux pour lesquels il peut y avoir lieu à restitution, d'après ce que nous avons expliqué au n° XIX, 2°, 3° et 4°, de l'art. 124. Mais il y a cette double différence, que 1° dans l'art. 124, la caution pour les choses susceptibles de restitution n'est demandée qu'en cas d'option pour la dissolution provisoire, tandis qu'ici l'inventaire devra être fait et dans le cas de dissolution et dans le cas de continuation, aux termes mêmes de notre article; et que 2° dans l'art. 124, la caution est demandée pour tous les biens, tandis qu'ici l'inventaire, comme cela devait être, n'est exigé que pour les biens meubles et pour les titres.

II. — 406. Le tribunal, dit le second alinéa de l'article, ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier.

En général, ainsi que nous l'avons déjà dit, on regarde le droit d'aliéner le mobilier comme une conséquence du droit d'administration. On devait ici faire exception à ce principe et refuser à l'administrateur des biens de l'absent la faculté d'aliéner à son gré les meubles de cet absent, parce qu'il pourra souvent arriver que la vente soit dans l'intérêt de cet administrateur, tandis qu'elle serait contraire à celui de l'absent, ou réciproquement (2).

Ainsi, par exemple, qu'il s'agisse d'une collection de médailles précieuses ou d'une galerie de tableaux de grands maîtres, il est clair que le possesseur provisoire ne manquerait pas de faire vendre ces objets dont le produit pourrait s'élever à 100 000 francs et plus, pour garder, d'après l'art. 127, les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des intérêts de cette somme, tandis que les tableaux ou les médailles ne lui rapporteraient rien. L'absent, au contraire, lors de son retour, s'il revient, aimera beaucoup mieux retrouver ses médailles ou ses tableaux qu'une somme d'argent.

En sens inverse, supposons qu'il s'agisse d'un ameublement d'une valeur de 10 000 francs, qui se trouve convenir au possesseur provisoire. Celui-ci voudra le conserver en nature, attendu que si l'absent revenait après quinze ou vingt ans, il se libérerait vis-à-vis de lui en lui rendant cet ameublement dans l'état où il serait, usé peut-être, de sorte qu'il se trouverait ainsi en avoir joui, comme s'il avait déboursé 10 000 francs pour l'acheter; l'absent, lui, aurait tout perdu. Au contraire, si cet ameublement est vendu, l'absent, à son retour, retrouvera ses 10 000 francs, dont l'envoyé en possession ne pourra retenir que les intérêts en tout ou en partie.

---

(1) *Contrà :* Demolombe (II, n° 281); Aubry et Rau (4° édit., I, § 155, note 10).
(2) *Contrà :* Bordeaux, 20 nov. 1845 (Dev., 46, 2, 376).

La vente des meubles de l'absent ne devait donc être permise qu'autant qu'elle serait utile pour l'absent; et le point de savoir s'il y a utilité devait être laissé à la décision désintéressée du tribunal.

C'est ce qu'a fait notre alinéa, qui, en appelant le tribunal à voir s'il y a lieu ou non de vendre le mobilier, nous indique bien que ce n'est pas au possesseur qu'il entend laisser cette faculté. Lors donc que le tribunal aura ordonné la vente, le possesseur provisoire, alors même qu'il aurait une volonté contraire, devra faire vendre; réciproquement, tant que le tribunal n'aura pas ordonné cette vente, elle ne sera pas possible.

Du reste, quand nous disons que les meubles de l'absent ne peuvent pas être vendus sans l'ordre du tribunal, cela doit s'entendre raisonnablement et ne s'appliquerait pas à des objets de très-peu de valeur; car ce n'est pas de tels objets que le législateur a entendu s'occuper. Ce serait le cas de dire : *De minimis non curat prætor*.

Toutefois, et malgré l'incapacité des envoyés en possession et de l'administrateur légal pour aliéner les meubles de l'absent, l'aliénation qu'ils en auraient faite ne pourra presque jamais être critiquée contre l'acquéreur. En effet, il existe dans notre Code une disposition fort importante, que nous avons indiquée déjà, et dont nous aurons souvent lieu de remarquer les effets, laquelle empêchera presque toujours d'attaquer cette aliénation. Nous voulons parler de l'art. 2279, qui déclare que, pour les meubles, la simple possession de bonne foi, et avec juste motif de se croire propriétaire, vaut prescription. Celui donc qui recevrait de l'envoyé provisoire, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, un meuble de l'absent, en serait de suite propriétaire par prescription, pourvu qu'il ignorât que ce meuble n'appartient pas à celui qui le lui livre.

III. — 407. Il ne faut pas laisser passer inaperçue la disposition du deuxième alinéa de notre article, qui veut que, lors de l'envoi en possession ou de la continuation de la communauté, il soit fait emploi *des fruits* antérieurement produits par les biens de l'absent.

Ces fruits, en effet, ne sont pas de ceux dont les envoyés en possession, ou l'administrateur légal, peuvent prendre tout ou partie, en vertu de l'art. 127. Ce droit accordé par l'art. 127 ne commence qu'avec l'envoi provisoire et ne frappe que sur les fruits produits depuis cet envoi. Tous ceux échus antérieurement forment, comme nous avons déjà eu occasion de le dire sous l'art. 123, n° IV, et comme on le voit ici, un capital, sur les intérêts seulement duquel a droit l'envoyé en possession ou l'administrateur légal.

N. B. — On sait que *faire emploi* d'une somme, c'est la placer, soit en prêt sur hypothèques, soit en acquisition de rentes ou d'immeubles. C'est le tribunal qui devra déterminer le mode d'emploi.

IV. — 408. Quant aux immeubles de l'absent, les envoyés en possession (et il en faut dire autant, évidemment, du conjoint qui a opté pour la continuation de la communauté) ont la faculté, mais ne sont

pas forcés, d'en faire constater l'état. A défaut de visite, ils seront réputés les avoir reçus en bon état, sauf une preuve contraire, laquelle retomberait à leur charge. Le rapport de l'expert devra, comme on le voit par le texte même de l'article, être *homologué,* c'est-à-dire approuvé, reçu par un jugement du tribunal.

Du reste, cette visite étant faite dans l'intérêt de l'absent et conseillée par la loi pour empêcher les envoyés de détériorer ses biens, il est juste que les frais en soient acquittés par lui. C'est aussi ce que veut notre article. Il en faut dire autant, évidemment, malgré l'opinion contraire de Merlin, des frais de l'inventaire et des autres mesures auxquelles l'envoi en possession donne lieu, puisque toutes ces mesures ne sont prises que pour l'exécution du mandat, de la gestion d'affaires dont les envoyés sont chargés. Un gérant peut bien tirer un profit de sa gestion, mais il ne doit jamais rien payer pour l'exercer (1).

127. — Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans.

Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra.

SOMMAIRE.

I. Justice et sagesse de cette disposition, quant aux envoyés provisoires. Vice de rédaction dans le mot *reparaît.*
II. Second vice de rédaction : le cas de trente ans écoulés depuis la déclaration d'absence n'est pas le seul où la totalité des fruits appartienne aux possesseurs.
III. Les quinze ans se calculent à partir de la présomption d'absence; les trente ans, à partir de l'absence déclarée.
IV. C'est un cinquième ou un dixième ou la totalité sur tous les fruits, que la loi attribue, selon les cas; et non pas un cinquième sur les fruits de telle époque, un dixième sur ceux de telle autre.
V. La rétention ne se fait que sur les fruits déjà recueillis; les autres appartiennent tous à l'absent ou à ses représentants.
VI. Troisième vice de rédaction, qui consiste à assimiler l'administrateur légal aux envoyés en possession, tandis qu'il y a entre eux une énorme différence.
VII. Pour déterminer *à quelle portion* des fruits ont droit, soit les envoyés en possession, soit l'administrateur légal, la loi regarde depuis combien de temps l'absent est parti. Comment détermine-t-on ensuite *sur quels fruits* doit être prise la portion fixée?
VIII. Vice de fond que présente notre article, quant au conjoint administrateur. Pour lui, la portion à prendre sur les fruits aurait dû aller *en diminuant*, à mesure que l'absence se prolonge.
IX. La portion des fruits à laquelle ont droit les envoyés en possession et le conjoint administrateur se calcule sur le revenu net, c'est-à-dire après déduction des charges périodiques. — Dans les charges à déduire, il faut placer les réparations d'entretien; mais non les grosses réparations.

I. — **409.** Dans le cas où il y a lieu de restituer à l'absent ses biens, il était juste que les envoyés en possession (nous ne parlons que d'eux

---

(1) *Conf.* Delvincourt, Duranton (I, 476); Zachariæ (I, p. 306); Demolombe (II, 99).

et non de l'administrateur légal, que le législateur a eu tort de leur assimiler) conservassent, comme indemnité de leur administation, une portion plus ou moins forte du revenu de ces biens.

D'un autre côté, comme l'incertitude sur l'existence de l'absent devait tout naturellement engager les possesseurs provisoires à bien moins ménager les revenus qu'ils ne l'auraient fait, s'ils avaient eu la certitude de rendre bientôt les biens à leur véritable propriétaire, la loi, qui n'a pas voulu que l'envoi en possession fût un piége pour ceux à qui elle l'accordait, leur a attribué, sur ces revenus, une portion fort considérable, et qui va toujours en augmentant, à mesure que l'absence se prolonge et que la présomption de la mort de l'absent se fortifie. Cette mesure était d'ailleurs dans l'intérêt de l'absent lui-même; puisqu'elle excite les possesseurs provisoires à améliorer ces biens pour leur faire produire un revenu plus considérable.

Du reste, pour qu'il y ait lieu à l'application de notre article, il n'est pas nécessaire que l'absent *reparaisse,* comme cet article semble l'exiger; on l'appliquera, évidemment, toutes les fois qu'il s'agira, pour les envoyés en possession, de rendre les biens qu'on leur avait confiés. Or, la restitution en aura lieu, non pas seulement quand l'absent reviendra, mais aussi, quand, de toute autre manière, son existence se trouvera prouvée; et encore, quand il sera établi qu'il est mort à une époque où les possesseurs provisoires n'étaient plus ses héritiers.

Il y a donc, sous ce rapport, un premier vice de rédaction dans notre article, qui ne devait pas parler seulement du cas *où l'absent reparaît,* mais, d'une manière plus générale, du cas *où il y aurait lieu à la restitution des biens confiés aux envoyés provisoires.*

Il est bien entendu que, sous le nom d'*envoyés provisoires,* nous ne parlons pas seulement ici des héritiers présomptifs de l'absent, mais aussi des légataires, donataires, etc., et encore de l'époux commun qui, en optant pour la dissolution provisoire de la communauté, aurait pris sa part de cette communauté et ses gains de survie. Si, plus tard, il y a lieu, pour cet époux ou ses héritiers, à la restitution de ces biens, comme nous avons vu que cela est possible (art. 124, n° XIX, 2°, 3° et 4°) en les restituant, ils en garderaient les revenus, dans les proportions marquées par notre article, puisque tous jouissaient en vertu de l'envoi provisoire en possession.

II. — 410. Un second vice de rédaction, du même genre que le premier, puisqu'il consiste aussi en ce que la loi ne dit pas tout ce qu'il fallait dire, se trouve dans le deuxième alinéa de notre article.

Aux termes de cet alinéa, après trente ans d'absence, les fruits des biens de l'absent appartiennent en totalité aux envoyés en possession.

En effet, quand il s'est écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence, l'envoi provisoire se change en un envoi définitif qui donne aux envoyés le droit d'aliéner les biens de l'absent : en telle sorte que si, plus tard, la restitution doit se faire, elle ne se fera que des biens qui se

trouvent encore en la possession de ces envoyés, comme on le voit par l'art. 132; si donc, à partir de ce moment, les envoyés ont le droit d'aliéner, il est clair qu'ils doivent avoir, *à fortiori,* celui de prendre tous les produits des biens.

Mais maintenant, ce n'est pas seulement quand il s'est écoulé trente ans depuis l'absence déclarée, que l'envoi définitif a lieu; c'est aussi, aux termes de l'art. 129, quand il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent; ce qui pourrait arriver avant que trente ans se soient écoulés depuis le jugement de déclaration. Ainsi, un individu part pour un voyage, à l'âge de soixante-cinq ans, en laissant un procureur chargé du soin de ses affaires, sa déclaration d'absence ne peut être prononcée que onze ans après; il a donc soixante-seize ans quand on la prononce, et ce sera, dès lors, vingt-quatre ans après cette déclaration que se réalisera une des deux hypothèses dans lesquelles l'art. 129 permet de prononcer l'envoi définitif. Le cas de trente années écoulées depuis l'absence n'est donc pas le seul où la totalité des revenus appartienne aux envoyés en possession.

Notre article devait dire, pour ne pas présenter ce double vice, que les envoyés en possession garderaient les quatre cinquièmes des revenus, quand *la restitution des biens se ferait* avant quinze ans, depuis la disparition ou les dernières nouvelles; les neuf dixièmes, quand elle ne se ferait qu'après quinze ans; et, enfin, la totalité, quand la restitution aurait lieu, soit après trente ans depuis la déclaration d'absence, soit après cent ans depuis la naissance de l'absent.

III. — 411. On voit la différence qu'il y a entre le premier et le deuxième alinéa de notre article. Dans le premier, c'est à partir de la disparition, ou, bien entendu, des dernières nouvelles, que se comptent les quinze ans; dans le deuxième, les trente ans ne courent qu'à partir de la déclaration d'absence, comme on le voit en rapprochant de notre article l'art. 129. Aussi, notre article dit-il, dans le premier alinéa, *quinze ans depuis la disparition,* par conséquent depuis la simple présomption d'absence; tandis que, dans le deuxième, il nous dit : après trente ans *d'absence,* c'est-à-dire d'absence déclarée.

Cette décision, qui est aussi celle de Delvincourt et de M. Duranton (I, 418), est repoussée par MM. Demante (*Encycl.*, n° 92), Zachariæ (I, p. 307), Valette (I, p. 288) et Demolombe (III, 25); mais, outre qu'elle nous paraît suffisamment justifiée, soit par le texte de notre article, soit par son rapprochement avec l'art. 129, nous lui trouvons un motif nouveau dans les travaux préparatoires du Code. D'une part, en effet, le mot d'*absence* n'existait pas d'abord dans l'article. Cet article disait seulement *après trente ans,* ce qui faisait suite aux mots *avant ou après quinze ans* DEPUIS LA DISPARITION, et signifiait, dès lors, *après trente ans* DEPUIS CETTE DISPARITION. Mais, du moment qu'on a cru devoir ajouter *d'absence,* c'est qu'on a entendu donner à cet alinéa, par le contraste du mot *absence* avec le mot *disparition,* un sens différent. Et en effet, nous lisons, d'un autre côté, dans le rapport au Tribunat, que l'on fait restituer à l'absent ou un cinquième ou un dixième,

parce que le possesseur *provisoire* n'étant qu'un administrateur et un dépositaire, *la totalité des revenus ne saurait lui appartenir à aucun de ces titres*. On a donc entendu que la totalité des fruits ne serait accordée qu'à l'époque où l'envoi cesserait d'être *provisoire*, c'est-à-dire après trente ans depuis la déclaration, d'après l'art. 129 (Fenet, t. VIII, p. 434 et 471).

IV. — 412. A quelque époque que l'absent reparaisse, ou mieux, à quelque époque que se fasse la restitution des biens, les envoyés ne seront tenus de rendre que le cinquième ou le dixième, ou même rien, *de tous les fruits* par eux perçus pendant l'envoi provisoire.

Ainsi, si c'était après dix-neuf ans depuis la disparition, que l'absent (ou celui qui était son héritier au moment de son décès prouvé) vînt demander les biens, il ne pourrait pas dire : « Je n'ai droit qu'à un dixième pour les fruits des quatre dernières années ; mais on doit me rendre le cinquième sur ceux échus avant les quinze ans. » La loi ne peut pas être entendue en ce sens : c'est ou le cinquième de *tous* les fruits, ou le dixième seulement de *tous* les fruits qui doit être rendu, selon que la restitution se fait avant ou après quinze ans depuis la disparition ; et si, cette restitution ne se fait qu'après trente ans d'absence, ou après cent ans depuis la naissance, c'est encore la totalité de *tous* les fruits qui appartient aux envoyés.

C'est bien là ce qui résulte des expressions de notre article : « Si l'absent reparaît à telle époque, les possesseurs provisoires *ne lui rendront qu'un cinquième des fruits; s'il reparaît à telle époque, ils ne lui rendront qu'un dixième. Enfin, après telle époque, la totalité leur appartiendra.* »

V. — 413. Les envoyés en possession, ou l'administrateur légal, ne seront tenus, dit notre article, *de rendre* que telle portion des revenus.

L'expression *rendre*, employée ici, nous montre que dans l'idée du législateur, il ne s'agit que des fruits par eux perçus, et que ceux qui ne le seraient pas encore lors de la demande en restitution appartiendraient tous à l'absent ou à ses héritiers.

Il en sera toujours ainsi, à quelque époque que se fasse la restitution, et encore qu'elle n'eût lieu qu'après l'envoi définitif. En effet, ce n'est jamais que par la perception, comme nous le verrons à l'art. 138, que celui qui possède un bien dont il n'est pas propriétaire peut faire les fruits siens.

VI. — 414. Nous avons déjà fait remarquer deux vices de rédaction dans notre art. 127 ; nous avons à en signaler ici un troisième plus grave que les deux premiers, et qui consiste en ce que le législateur a mis sur la même ligne, quant aux fruits à rendre, l'envoyé provisoire et le conjoint administrateur légal, entre lesquels il y a cependant une énorme différence.

En effet, de quelque manière que finisse l'envoi provisoire, celui qui l'avait obtenu gardera toujours les fruits dans les proportions indiquées par notre article. Il les gardera en rendant les biens, si cet envoi finit par la preuve acquise de l'existence de l'absent, ou de son décès arrivé

à une époque où l'envoyé en possession n'était plus son héritier; il les gardera avec les biens eux-mêmes, si cet envoi provisoire finit par la preuve acquise du décès de l'absent, à une époque où lui, envoyé, était son héritier, ou bien par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence, ou de cent ans depuis la naissance de l'absent. Ainsi, il les gardera toujours. Or, il s'en faut de beaucoup qu'il en soit de même de l'époux administrateur légal.

Voyons, en effet, ce qui arrivera dans les diverses circonstances par lesquelles prend fin l'administration légale du conjoint présent.

Cette administration, ainsi que la continuation de communauté qui lui donne lieu, finissent, comme nous l'avons vu sous l'art. 124, n°s VI et suivants, de six manières : 1° par la preuve acquise de l'existence du conjoint absent; 2° par la preuve de son décès; 3° par le laps de trente ans depuis sa déclaration d'absence, ou de cent ans depuis sa naissance; 4° par la mort de l'époux présent; 5° par la renonciation de ce même époux à la continuation de la communauté; 6° enfin, par sa propre déclaration d'absence. Jetons un coup d'œil sur chacun de ces six cas.

1° Quand l'administration de l'époux présent finit par la preuve acquise de l'existence de l'absent, il se trouve prouvé que la communauté a toujours duré et dure encore, et alors les fruits perçus par l'administrateur légal ne peuvent lui appartenir en propre, pour deux raisons : d'abord, la communauté ayant toujours duré et durant encore, c'est à cette communauté, et non pas à l'époux absent, qu'ont toujours appartenu et qu'appartiennent encore tous les fruits perçus pendant l'administration légale (art. 1401, 2°); or, il ne s'agit, dans notre art. 127, que des revenus appartenant à l'absent, des revenus qu'il eût recueillis pour lui s'il eût été là, et qui devraient lui être rendus si notre article n'existait pas; aussi, d'après l'article, c'est à lui qu'est rendu le cinquième ou le dixième que les possesseurs provisoires n'auraient pas le droit de retenir, tandis que, dans notre hypothèse, ce cinquième ou ce dixième des revenus appartiendra, comme tout le reste de ces mêmes revenus, à la communauté. En outre, et quand même, dans notre hypothèse, on enlèverait à la communauté les droits qu'elle a sur ces fruits, pour les donner à l'époux administrateur, on ne ferait que prendre un détour, après lequel ils retomberaient encore dans la communauté, à un autre titre; puisque c'est à elle encore qu'appartient tout ce qui arrive à chacun des époux par son travail, son industrie, etc., et qu'aucun de ces époux ne peut rien gagner qui lui reste propre (art. 1401, 1° et 3° combinés).

Dans ce premier cas, donc, tous les fruits perçus appartiendront, non pas à l'époux administrateur, mais à la communauté; en sorte que les choses se passeront comme s'il n'y avait pas eu d'absence (1).

2° Quand l'administration légale finit par la preuve acquise du décès

---

(1) Demolombe (II, n° 288); Bellot des Minières (*Contrat de mar.*, II, p. 34); Rodière et Pont (I, n° 376); Aubry et Rau (4e édit., I, § 155, p. 618).

de l'absent, la communauté se trouve alors dissoute du moment où ce décès est arrivé.

Il faudra donc appliquer aux fruits produits avant ce décès, ce que nous avons dit au cas précédent, les réunir à la masse commune et partager, entre l'époux présent et les héritiers de l'époux absent, cette masse, telle qu'elle était au moment de ce décès. Quant aux fruits produits et recueillis depuis ce décès jusqu'au moment où l'on en acquiert la connaissance, et où l'administration de l'époux présent cesse, ils appartiendront à cet époux présent dans les proportions indiquées dans notre article. Alors, en effet, la communauté n'existait plus; c'étaient donc vraiment les revenus de l'absent, et rien, par conséquent, ne s'oppose plus à ce que l'administrateur les garde pour lui, en vertu de notre article.

3° Quand l'administration légale finit par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence, ou de cent ans depuis la naissance de l'absent, alors (comme nous l'avons dit sous l'art 124, n° IX) l'époux absent est réputé mort du moment même de sa disparition, et sa communauté est censée avoir été dissoute à cette époque et n'avoir point existé pendant que durait l'administration légale. En conséquence, les revenus perçus pendant cette administration ne peuvent pas être attribués à cette communauté, qui sera partagée dans l'état où elle était lors de la disparition, et rien encore, ici, ne s'oppose à ce qu'ils soient gardés, en vertu de notre article, par l'époux qui les a recueillis. Mais il ne les prendra que *provisoirement;* car, s'il vient à être prouvé plus tard que l'époux absent vit encore, il se trouvera que la communauté a toujours duré et dure encore, et que c'est à elle, en conséquence, qu'appartiennent tous ces revenus. Que s'il est prouvé que l'absent est mort (et par conséquent la communauté dissoute), mais à une époque plus reculée que sa disparition, le conjoint présent ne pourra invoquer notre article que pour les fruits perçus depuis cette mort et devra remettre dans la communauté, pour procéder à un nouveau partage, ceux qu'il avait perçus avant cette mort et qu'il se trouve avoir retenus indûment.

4° Si c'est par la mort de l'époux présent que l'administration légale cesse, la communauté se trouve alors réellement dissoute; mais sa dissolution (art. 123, n° X), par l'effet de la déclaration d'absence, laquelle reprend alors toute sa force, remonte, comme dans le cas précédent, au jour même de la disparition de cet époux absent.

Ici encore, par conséquent, la communauté, qui est réputée n'avoir pas duré pendant l'administration légale, ne peut pas s'opposer à ce que les héritiers de l'époux présent, défunt, prennent la portion de revenus attribuée par notre article; mais, comme dans le cas précédent aussi, ils ne prennent cette portion que *provisoirement* et sauf à la rendre en partie, s'il se trouve prouvé que l'absent, au lieu d'être mort au moment de sa disparition, n'est mort qu'à tel ou tel moment de l'administration légale; et sauf même à la rendre en entier, s'il est prouvé que cet absent vit encore, ou n'est mort qu'après le décès ar-

rivé de l'époux présent. Tout ceci est la conséquence de ce principe que tous les fruits, revenus, etc., produits pendant que la communauté durait encore, appartiennent à cette communauté.

5° Quand c'est par la renonciation de l'époux présent que finit l'administration légale, la dissolution, dans ce cas encore, remonte, sauf preuve contraire, au jour de la disparition. Par conséquent, l'époux administrateur garde encore la portion des fruits attribuée par notre article ; mais toujours sauf à la rendre en tout ou en partie, selon qu'il serait prouvé plus tard, ou que l'époux absent n'est mort qu'à telle ou telle époque, ou qu'il existe encore.

6° Enfin, lorsque c'est la déclaration d'absence de l'époux resté présent qui met fin à son administration légale, comme dans ce cas encore la dissolution de la communauté remonte (mais provisoirement seulement) au moment de la disparition du premier absent, il faut encore dire ce que nous avons dit aux 3°, 4° et 5°.

Ainsi donc, tandis que les envoyés provisoires gardent, *dans tous les cas, définitivement et en entier,* la portion de revenus attribuée par notre article, l'administrateur légal, lui, n'y aura souvent *aucun droit;* et, s'il la prend, il la prendra tantôt en totalité, tantôt en *partie* seulement, tantôt irrévocablement, tantôt, et le plus souvent, en vertu d'une simple présomption *et sauf à rendre,* soit une partie, soit même la totalité de ce qu'il avait ainsi retenu.

Il y a donc, comme nous le disions en commençant ce n° VI, une bien grande différence entre l'administrateur légal et l'envoyé en possession, et il n'eût pas été inutile de porter, pour chacun d'eux, une disposition distincte et spéciale.

415. Dans ce qui vient d'être dit, on remarque facilement que, quand l'époux présent et ses héritiers auront droit à une certaine portion de fruits, en vertu de notre article, ce ne pourra pas être sur tous les biens de la communauté, mais seulement sur la *part* de cette communauté par eux restituée aux héritiers présomptifs de l'époux absent. Ce droit, en effet, ne leur appartient qu'autant qu'il y a dissolution (soit réelle, soit présumée) et, par conséquent, partage de la communauté. Or, quant à l'autre moitié, celle qu'ils gardent, il est bien clair qu'ils en conservent aussi les fruits, mais ce n'est plus en vertu de l'administration légale et d'après notre article, c'est comme propriétaires, soit réels, soit présumés.

Maintenant, il faut faire, quant à cette moitié que l'époux présent ou ses héritiers gardent, une nouvelle observation.

Quand c'est en vertu d'une dissolution réelle de la communauté que cesse l'administration légale, le partage étant alors définitif et réglant irrévocablement tous les droits, il ne saurait y avoir lieu postérieurement à aucune difficulté, à aucun calcul nouveau. Mais, quand cette administration cessera pour faire place à un partage provisoire et résultant d'une dissolution présumée, comme dans le 3°, le 4°, le 5° et le 6° ci-dessus, l'époux présent ou ses héritiers, après cette cessation de l'administration légale, se trouveront être, quant à leur part de

communauté et aux gains de survie par eux pris, de simples envoyés en possession provisoire. Dans ce cas donc, il se pourra que postérieurement il y ait lieu pour eux à restituer soit les gains de survie, soit une fraction de la part de communauté, et alors encore on leur appliquerait notre article pour leur réserver, comme à tous autres envoyés en possession, soit les quatre cinquièmes, soit les neuf dixièmes, soit la totalité des fruits des biens qu'ils restituent.

VII. — 416. La loi, comme on l'a vu, pour rendre plus ou moins forte la portion des revenus qu'elle attribue à l'envoyé provisoire, ne regarde pas depuis combien de temps dure sa possession; mais seulement depuis combien de temps l'absent est parti.

Ainsi, supposons que la déclaration d'absence et l'envoi provisoire n'aient été prononcés qu'après onze ans depuis la disparition, parce qu'une procuration avait été laissée, et que l'absent revienne après seize ans depuis cette disparition, le possesseur provisoire, dont l'envoi n'est prononcé que *depuis cinq ans,* gardera d'après notre article, *les neuf dixièmes* des fruits qu'il a perçus pendant ces cinq ans. Au contraire, si la déclaration d'absence et l'envoi provisoire avaient été prononcés après cinq ans depuis la disparition, mais que l'absent revînt après quatorze ans depuis cette disparition, l'envoyé, bien qu'il fût alors en possession *depuis neuf ans,* n'aurait que *les quatre cinquièmes* des revenus par lui recueillis.

Et, en effet, la présomption de mort devenant plus forte à mesure que l'absence se prolonge, la persuasion que peut avoir l'envoyé en possession, qu'il est et restera propriétaire, va croissant et l'engage de plus en plus à dépenser les revenus, comme s'ils étaient à lui. La loi devait donc, pour ne pas le rendre victime de cette confiance toute naturelle, lui accorder sur ses revenus un droit plus fort à mesure que l'époque de la disparition est plus reculée sans avoir égard au temps qu'a duré sa possession.

Ainsi, c'est le temps qui s'est écoulé depuis la disparition jusqu'au moment de la restitution, que l'on regarde, pour déterminer *quelle portion des fruits* appartient à l'envoyé; l'époque à laquelle a commencé l'envoi n'est considérée, elle, que pour déterminer *quels sont les fruits* relativement auxquels il a droit à cette portion.

Maintenant l'administrateur légal étant mis par la loi (bien à tort, il est vrai, mais peu importe) sur la même ligne que l'envoyé en possession, le calcul de la portion de fruits qu'il peut retenir devra donc s'effectuer d'après les mêmes bases, c'est-à-dire que, pour déterminer la fraction à laquelle il aura droit sur les revenus, il faudra, sans avoir égard ni à l'époque où a commencé son administration, ni même à l'époque où s'est dissoute la communauté, lui attribuer ou quatre cinquièmes, ou neuf dixièmes, ou la totalité, selon que son administration finira ou avant les quinze ans depuis la disparition, ou après ces quinze ans, ou enfin, soit après trente ans d'absence déclarée, soit après cent ans depuis la naissance de l'absent.

Du reste, de même que quand il s'agit des envoyés en possession,

c'est l'époque où a commencé l'envoi qu'il faut considérer pour savoir sur quels fruits on prendra telle ou telle portion; de même, dans le cas d'un administrateur légal, il faut, pour déterminer ce point, se rattacher à l'époque où la communauté s'est dissoute.

417. Pour nous résumer sur ces deux nos VI et VII et faire disparaître le vice de rédaction que nous y avons signalé, nous dirons : « Ceux qui obtiennent l'envoi provisoire en possession gardent, en vertu de l'art. 127, dans tous les cas, et toujours irrévocablement, les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité de tous les fruits perçus pendant tout le temps qu'a duré leur possession provisoire, sur tous les biens dont ils avaient la possession; quant à l'administrateur légal, il ne peut invoquer cet art. 127 que pour la moitié de communauté qu'il restitue et seulement pour les fruits perçus par lui sur cette moitié, postérieurement à la dissolution de la communauté; attendu que tous ceux recueillis pendant que la communauté durait appartiennent à cette communauté et font partie de la masse à partager. »

VIII. — 418. Nous avons dit que le législateur a eu tort de mettre sur la même ligne, quant au droit sur les revenus des biens de l'absent, les envoyés en possession et l'époux administrateur. Nous avons vu, en effet, quelle différence il y a entre eux pour les résultats.

Mais ce n'est pas seulement sous ce premier point de vue que cette disposition peut être critiquée. Cette assimilation du conjoint administrateur aux envoyés en possession, même modifiée comme elle doit l'être (et comme nous venons de le faire), d'après les règles portées au titre du *Contrat de mariage,* se trouve encore en opposition avec les vrais principes du droit, avec les règles du bon sens. Ce n'est plus seulement un vice de rédaction, un vice de forme, c'est un vice de fond que présente ici notre article.

En effet, si l'on a accordé aux envoyés en possession une portion de fruits de plus en plus considérable, à mesure que l'absence se prolonge, c'est que, plus cette absence a duré, plus il est probable que l'absent est mort; et plus, par conséquent, l'envoyé en possession, dont le droit doit s'ouvrir par la mort de cet absent, a dû croire que les biens étaient à lui et lui resteraient.

Mais c'est précisément tout le contraire pour l'époux administrateur légal. On se rappelle (no VI, avant-dernier alinéa) que c'est seulement, quant aux fruits produits par la moitié de la communauté qu'il restitue, que l'administrateur légal peut invoquer notre article; or, s'il a pu, dans les premiers temps de son administration, ne pas ménager les revenus, parce qu'il pensait que la communauté durait toujours et que son conjoint reviendrait bientôt, cette croyance à la continuation de la communauté, cette espérance au retour de son époux, n'ont pu que diminuer à mesure que l'absence se prolongeait. Il devait donc, quant à la moitié pour laquelle il invoque l'article, épargner de plus en plus des revenus qu'il devait rendre, et dont la restitution à faire devenait de plus en plus probable. Loin donc que la por-

tion qu'on accordait à l'administrateur légal, sur les fruits produits après la dissolution de communauté par la moitié qu'il restitue de cette communauté, dût aller en augmentant, elle devait au contraire aller en diminuant, à mesure que la présomption de la mort de l'absent se fortifiait.

Du reste, comme cette disposition de notre article ne se trouve en opposition avec aucun article du Code, la critique qu'on en peut faire, toute fondée qu'elle est, n'en empêchera pas l'application.

IX. — 419. La quantité de fruits à laquelle les envoyés en possession et l'administrateur légal ont droit, d'après notre article, ne doit pas se calculer et se prendre sur les produits bruts des biens de l'absent; mais sur leur revenu net, c'est-à-dire déduction faite des charges qui sont regardées ordinairement comme devant être acquittées sur les fruits, tels que les intérêts des capitaux dus, les arrérages de rentes dont l'absent est grevé, l'acquittement des impôts; en un mot, tout ce qui forme ce qu'on peut appeler les *revenus passifs*. En effet, c'est une portion de la *jouissance* que la loi a entendu accorder aux envoyés en possession et à l'administrateur légal; or, on ne considère jamais comme un vrai revenu, que celui qui reste après déduction faite de ces charges diverses.

Dans ces revenus passifs, il faudra comprendre aussi les dépenses faites pour réparations d'*entretien* des immeubles de l'absent.

420. Les envoyés en possession et l'administrateur légal étant chargés par la loi d'administrer les biens de l'absent (celui-ci par l'art. 124; les autres, par l'art. 125), c'est à eux, il est vrai, de faire *toutes les réparations* dont besoin sera. Mais les réparations d'entretien resteront à leur compte (proportionnellement à la quantité de fruits par eux retenue); tandis que les autres retomberont en entier à la charge de l'absent. Les réparations d'entretien, en effet, sont une des charges des revenus. Arrivant périodiquement à des époques assez rapprochées, il est tout naturel et dans l'ordre logique des choses que les dépenses qu'elles nécessitent soient prises sur les fruits que les immeubles produisent aussi périodiquement, et dont la quantité diminuerait si l'entretien était négligé : il y a corrélation entre les revenus d'un bien et ses réparations d'entretien. C'est là une idée tellement vraie et qui frappe tellement tous les esprits, que, quand on veut poser le chiffre du revenu annuel d'une personne, on n'indique jamais le produit brut de ses biens, mais seulement ce qui lui reste de ses revenus d'une année, après la défalcation des dépenses à faire, année moyenne, pour les réparations d'entretien. L'envoyé provisoire et l'administrateur légal, gardant une partie des fruits, devront donc supporter proportionnellement une partie des dépenses faites pour les réparations d'entretien.

Ainsi, supposons que Paul soit envoyé en possession de biens rapportant, par chaque année, un produit de 3 000 francs, mais qu'il y ait, aussi chaque année, 400 francs d'impôts à acquitter, puis, une rente de 400 francs d'arrérages annuels, puis enfin, 200 francs de ré-

parations d'entretien ; le revenu net n'est plus que de 2 000 francs. Maintenant l'absent revient après seize ans de disparition, et dix ans depuis qu'à eu lieu l'envoi provisoire ; Paul a droit aux neuf dixièmes des fruits par lui perçus depuis ces dix ans, et il n'est tenu d'en rendre que le dixième à l'absent. Paul voudrait dire à l'absent : « Vos biens rapportent un revenu annuel de 3 000 francs ; ce qui, pour dix ans, fait 30 000 francs ; vous aurez droit à un dixième ; c'est 3 000 francs ; mais j'ai déboursé pour réparations 1 000 francs chaque année, en tout 10 000 francs dont vous me devez compte. Ainsi, au lieu que j'aie 3 000 francs à vous donner, c'est vous qui m'en redevez 7 000. »

On n'admettrait pas de pareilles prétentions ; car se serait faire supporter en entier à l'absent les charges des fruits, charges qui ne doivent frapper sur lui que pour un dixième, puisqu'il ne prend qu'un dixième dans les fruits. Mais, réciproquement, l'absent ne pourrait pas non plus prendre les 3 000 francs, dixième des 30 000 francs ; car ce serait faire supporter toutes les charges à l'envoyé, qui n'en doit que les neuf dixièmes. Les charges, dans notre espèce, forment le tiers du revenu. L'envoyé et l'absent y contribueront donc chacun pour le tiers de ce qu'ils prennent. Ainsi, l'absent sur ses 3 000 francs en laissera 1 000 pour payer un dixième des charges et en gardera 2 000 ; l'envoyé, sur les 27 000 qui lui resteront après les 3 000 pris par l'absent supportera les neuf dixièmes des charges, ou 9 000 francs. C'est 18 000 francs nets qui lui resteront.

On obtiendrait plus simplement le même résultat en faisant ce que nous avons indiqué en commençant ce numéro, c'est-à-dire, en ne comptant, pour chaque année, que le revenu *net et charges payées*. Ainsi, 3 000 francs de produit, sur quoi 1 000 francs de charges, reste, de revenu net 2 000 francs. Or, 2 000 francs par an, pendant dix ans, donnent 20 000 francs, dont l'envoyé doit garder neuf dixièmes, ou 18 000 francs, et donner à l'absent un dixième, ou 2 000 francs.

421. Mais si les réparations d'entretien doivent être supportées proportionnellement par l'envoyé provisoire, il en sera autrement des grosses réparations ; ces réparations, en effet, ne sont point une charge des revenus.

En effet, soit une ferme d'un loyer de 3 000 francs, sur laquelle un bâtiment important, la maison du fermier, par exemple, vient à être incendiée ou à tomber de vétusté ; sa reconstruction va coûter 7 à 8 000 francs. Il est clair que ce n'est pas sur les revenus de 3 000 francs par an que cette somme sera prise. Le propriétaire se la procurera soit en prenant des capitaux économisés depuis plusieurs années, s'il en a, et alors, il touche au fonds même de sa fortune ; soit en l'empruntant, et alors encore son actif sera diminué d'autant ; soit enfin, en vendant une portion de la ferme. Mais, dans tous les cas, ce sera le capital même de sa fortune qui supportera la perte ; en telle sorte que ces grosses réparations sont, par la nature même des choses, une charge, non du revenu, mais de la propriété elle-même.

L'administrateur légal et l'envoyé provisoire, n'ayant droit qu'aux

fruits, ne contribueront donc pas à ces réparations qui seront supportées en entier par l'absent.

Toutefois, il est bien évident que l'envoyé provisoire ou l'administrateur légal y perdront aussi ; car il y aura pour eux diminution de jouissance, de quelque manière qu'on s'y prenne pour faire face à la dépense. Si l'absent a laissé des capitaux, on les prendra pour faire ces grosses réparations, mais alors le possésseur provisoire en perdra les intérêts ; si l'on vend une partie du bien, le possesseur n'aura plus les fruits de la portion vendue ; enfin, si l'on emprunte une somme, c'est lui qui devra en payer les intérêts en les prenant sur le revenu des biens de l'absent.

Si donc c'était l'envoyé lui-même qui eût avancé, sur ses propres capitaux, la somme nécessaire, elle lui serait remboursée lors de la restitution des biens ; mais il ne pourrait pas en demander les intérêts, parce que ces intérêts sont une charge des fruits, lesquels n'appartiennent, en tout ou en partie, à un envoyé, que déduction faite de ces intérêts.

Les explications données dans ce numéro, et qui résultent de la nature même des choses, résultent également des dispositions portées par le législateur au titre de l'*Usufruit,* dans les art. 605, 608, 609, 612, 613.

128. — Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent.

SOMMAIRE.

I. Les envoyés en possession peuvent hypothéquer et aliéner les immeubles de l'absent en obtenant un jugement.
II. Ces envoyés peuvent très-bien, sans jugement, vendre ou aliéner autrement les droits et espérances qu'ils ont sur ces immeubles.
III. Ils pourraient même, toujours sans jugement, vendre directement l'immeuble, s'ils le faisaient sous une condition résolutoire, pour le cas où la restitution deviendrait nécessaire.
IV. L'envoyé en possession est dans l'impossibilité de prescrire contre l'absent, dans les limites dans lesquelles il représente cet absent.
V. Les envoyés en possession et le conjoint administrateur ne pourraient faire des baux pour plus de neuf ans.

I. — 422. La loi refusant, dans l'art. 26, alinéa 2, aux envoyés en possession des biens de l'absent, la faculté d'aliéner les meubles devait, à plus forte raison, leur refuser celle d'aliéner leurs immeubles ou de les hypothéquer.

Du reste, si ces possesseurs provisoires ne peuvent consentir par eux-mêmes l'hypothèque ou la vente des immeubles de l'absent, ils pourront y arriver en obtenant un jugement.

Et d'abord, pour l'hypothèque, l'art. 2126 dit : « Les biens des mineurs, des interdits, *et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement,* ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, *ou en vertu de jugement.* »

Dans cet article, les mots *pour les causes et dans les formes établies par la loi* sont relatifs aux biens des mineurs et des interdits, pour lesquels, en effet, la loi a indiqué des causes et des formes d'aliénation, comme on peut le voir dans les art. 457 et 509; mais ils n'ont aucune relation aux biens des absents, attendu que pour ceux-ci la loi, ni dans notre titre, ni ailleurs, n'a déterminé aucune formalité à suivre, ni indiqué aucune cause d'aliénation. Les mots *en vertu de jugement* sont donc les seuls qui, dans l'article cité, se rapportent aux biens des absents.

Ainsi, les envoyés en possession peuvent, en obtenant un jugement, consentir une hypothèque sur les immeubles de l'absent; or, d'après l'art. 2124, tous ceux qui peuvent consentir l'hypothèque d'un immeuble peuvent l'aliéner.

Il suit de là qu'en obtenant un jugement, les envoyés en possession pourront aussi aliéner les immeubles à eux confiés.

II. — 423. Si les envoyés en possession ne peuvent pas vendre, sans jugement, les immeubles de l'absent, ils pourront fort bien vendre, échanger, céder, de quelque manière que ce soit, les droits et espérances qu'ils ont sur ces immeubles.

Ainsi, Pierre, envoyé en possession des biens d'un absent, en qualité d'héritier présomptif de cet absent, pourra très-valablement passer avec Paul un contrat par lequel il lui cédera, moyennant une somme de..., tous ses droits présents et à venir sur telle maison, faisant partie des biens de l'absent. Paul, en vertu de ce contrat, jouira de la maison tant que l'envoi provisoire durera; puis, en cas de preuve acquise de l'existence de l'absent ou de sa mort à un moment où le vendeur n'était plus son héritier, il la rendra sous la réserve de la portion de fruits accordée par l'art. 127. Que si l'on a jamais des nouvelles de l'absent, ou qu'on apprenne sa mort arrivée à un moment où le vendeur était encore son héritier, Paul, l'acheteur, s'en trouvera définitivement propriétaire. Ici, comme on l'aperçoit, c'est en quelque sorte un coup de dé qui est vendu; c'est une chance que courent les deux parties.

L'immeuble aura été ainsi cédé pour la moitié, peut-être de sa valeur; s'il y a eu lieu à restitution, l'acheteur perdra la somme qu'il a payée, laquelle sera gagnée par l'envoyé en possession; si la restitution ne se fait pas, c'est l'envoyé qui perdra la moitié du prix de l'immeuble, laquelle tournera au profit de l'acheteur.

III. —424. L'envoyé en possession pourrait aussi vendre l'immeuble lui-même, pourvu que ce fût avec une stipulation de résolution du contrat, pour le cas où il serait prouvé que l'absent existe, ou qu'il est mort à un moment où cet envoyé n'était plus son héritier.

Ainsi, Pierre, envoyé en possession, consentirait très-valablement en ces termes l'aliénation d'un fonds faisant partie des biens de l'absent : « Je vous vends tel fonds pour une somme de...; mais le contrat sera non avenu, si je me trouve plus tard obligé, vis-à-vis de l'absent ou des représentants, à la restitution de ce fonds. »

Dans ce cas, comme on voit, si l'envoyé se trouve postérieurement

obligé à la restitution, la vente sera censée n'avoir jamais eu lieu; que s'il n'y a pas lieu à cette restitution, l'envoyé se trouve avoir toujours été propriétaire et l'aliénation reste valable. Ceci, du reste, sera mieux compris plus tard, quand la nature et les effets de la condition auront été expliqués (art. 1168 et suiv.).

IV. — 425. On s'est demandé si la prescription pouvait courir contre l'absent au profit des envoyés en possession. La négative n'est pas douteuse.

Représentants de l'absent, chargés par l'art. 125 d'administrer fidèlement ses biens et de lui rendre compte de l'administration, leur qualité leur impose l'obligation d'interrompre toute prescription courant contre cet absent; en sorte qu'ils seraient responsables vis-à-vis de lui, s'ils laissaient s'accomplir une prescription qu'ils auraient pu empêcher. Mais, s'il en est ainsi, comment prescriraient-ils eux-mêmes?

Il faut, du reste, bien entendre ceci. C'est en tant qu'il représente l'absent que l'envoyé est dans l'impossibilité de prescrire contre lui; or, il peut le représenter d'une manière plus ou moins étendue. Ainsi, celui qui obtient l'envoi provisoire à titre d'héritier, se trouvant le représentant parfait et absolu de l'absent, est mis dans l'impossibilité absolue et entière d'accomplir contre l'absent aucune prescription que ce soit; toutes celles qui pourraient courir au moment qu'il demande l'envoi en possession s'arrêteraient par l'effet de la prononciation. Au contraire, celui qui obtient l'envoi comme nu propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit n'est le représentant de l'absent que pour l'usufruit de ce bien, et, dès lors, cet usufruit est la seule chose qu'il ne puisse pas prescrire contre l'absent.

En un mot, c'est dans les limites, dans lesquelles il représente l'absent, que l'envoyé est dans l'impossibilité de prescrire contre lui.

V. — 426. Les envoyés en possession, et l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté, n'étant qu'administrateurs des biens de l'absent, ne peuvent passer de baux, quant à ces biens, que pour neuf années au plus; car ceux faits pour un temps plus long sont considérés par la loi comme sortant de la classe des simples actes d'administration. (Voy. art. 481 et 1429.)

129. — Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées; tous les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance.

SOMMAIRE.

I. Légitimité de l'envoi définitif. — Il donne aux envoyés la propriété des biens, mais une propriété résoluble pour ce qui ne serait pas aliéné.

II. **Les cautions ne sont pas seulement déchargées pour l'avenir, mais aussi pour tout le passé.**
III. **Il y a ici, pour le tribunal, non pas obligation, mais faculté d'ordonner des enquêtes.**
IV. **Ce n'est pas précisément de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, c'est de la déclaration d'absence, que courent les trente ans. Mais il ne suffirait pas que cette déclaration ait été possible depuis trente ans, il faut qu'elle ait été prononcée.**
V. **Cette déclaration est nécessaire, même quand on se base sur le laps de cent ans depuis la naissance de l'absent.**
VI. **L'envoi définitif sera obtenu le plus souvent, mais, non pas toujours, par ceux qui avaient l'envoi provisoire.**
VII. **Le partage dont parle l'article ne se fera qu'autant qu'il n'aurait pas eu lieu par suite de l'envoi provisoire, ou à moins que les biens ne passent à des envoyés nouveaux.**
VIII. **L'envoi définitif ne peut finir que de deux manières. *Quid,* dans chaque cas?**

I. — 427. Lorsqu'il s'est écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence, ou cent ans depuis la naissance de l'absent, la présomption de sa mort est, aux yeux de la loi, arrivée au plus haut degré. Dans le premier cas, en effet, trente-cinq ou quarante et un ans (selon qu'une procuration avait été laissée ou non) ont passé depuis le départ, sans aucune nouvelle; il y a donc vraiment lieu de croire que l'absent n'existe plus. Dans la deuxième hypothèse, on avait une raison non moins forte, puisque cent ans sont, ordinairement, le plus long terme de la vie humaine.

Dans ces deux cas donc, le législateur, qui ne pouvait pas laisser indéfiniment en suspens le droit de propriété et qui devait, après un délai plus ou moins long, faire enfin rentrer les biens de l'absent dans le commerce, établit une mesure nouvelle qui, sous le nom d'*envoi définitif en possession,* attribue à ceux qui avaient, sur tous ou quelques-uns des biens de l'absent, des droits subordonnés à son décès, la propriété de ces biens. Toutefois, cette propriété n'est pas irrévocable; car, s'il vient à être prouvé plus tard, ou que l'absent existe encore, ou qu'il est mort à une époque où d'autres que les envoyés en possession étaient ses héritiers, cette propriété sera résolue pour tout ce que ces envoyés se trouveront avoir encore des biens de l'absent (art. 132).

II. — 428. Après trente ans depuis la déclaration d'absence, ou cent ans depuis la naissance de l'absent, les cautions, que les envoyés en possession avaient été obligés de fournir, sont déchargées de plein droit et sans qu'il soit besoin de faire prononcer décharge. Il fallait bien mettre, enfin, un terme à l'état d'incertitude et de gêne qui durait depuis tant d'années (1).

Et ce n'est pas seulement pour l'avenir que ces cautions ne garantissent plus les obligations des envoyés, c'est aussi pour le passé; elles sont *déchargées,* c'est-à-dire libérées de l'obligation qui pesait sur elles, et réputées n'avoir jamais été cautions. Il suit de là que l'administration antérieure des envoyés, celle qui a eu lieu pendant l'envoi provisoire, ne peut plus être critiquée. Et il en doit être ainsi, puisqu'à

(1) Demolombe (II, n° 161); Aubry et Rau (4e édit., I, § 156, p. 621).

partir de ce moment, les envoyés vont pouvoir vendre, donner, aliéner, dissiper, comme ils l'entendront, tous les biens de l'absent.

Toutefois, il n'en est ainsi, bien entendu, qu'autant qu'on est vraiment arrivé, *sans nouvelles de l'absent,* au moment marqué par notre article. Car, s'il se trouvait découvert que l'absent, avant cette époque, avait donné des nouvelles que les envoyés auraient tenues cachées par fraude, il est bien clair que, malgré les trente ans ou les cent ans expirés, ces envoyés resteraient soumis à toutes leurs obligations, et que, dès lors, les cautions ne seraient pas déchargées.

III. — 429. Si la décharge des cautions a lieu de plein droit, il n'en est pas de même de l'envoi définitif en possession; cet envoi doit être demandé au tribunal et prononcé par lui.

Pour prononcer cet envoi, un seul jugement ne suffira pas toujours. Le tribunal, en effet, avant de le prononcer, doit se procurer de nouveaux renseignements et s'éclairer suffisamment. Il se peut, ainsi que nous le disions plus haut, que des nouvelles données par l'absent aient été tenues secrètes par les envoyés; il se peut encore que la mort de l'absent soit arrivée à un moment où les envoyés n'étaient pas ses héritiers les plus proches. Le tribunal pourra donc, s'il le juge à propos, selon les circonstances, ordonner une enquête, et ce ne serait, alors, qu'autant que le résultat de cette enquête ne s'y opposerait pas, qu'il devrait prononcer l'envoi définitif. Mais ici, contrairement à ce qui a lieu, quand il s'agit de la déclaration d'absence, l'enquête n'étant point commandée par la loi, ne sera que facultative, et, dans le cas où elle serait ordonnée, le jugement prononçant l'envoi définitif pourra être rendu de suite après le résultat connu; enfin, ni le jugement ordonnant l'enquête, ni celui prononçant l'envoi définitif, ne seront envoyés au ministre de la justice.

IV. — 430. Si l'on s'en tenait au texte de notre article, il faudrait dire que les trente ans, à l'expiration desquels l'envoi définitif peut être obtenu, ne peuvent courir qu'à partir de l'envoi provisoire ou de l'administration légale. Nous ne pensons pas que ce soit là l'idée du législateur. Ces trente ans courront, selon nous, de la déclaration d'absence, quand même, après cette déclaration prononcée, l'envoi provisoire ou l'administration légale n'aurait pas été demandée de suite.

Au texte de notre article, nous avons à opposer le texte de l'art. 127, qui accorde aux envoyés ou à l'époux administrateur la totalité des fruits, non pas après trente ans depuis l'envoi provisoire ou l'administration légale, mais après *trente ans* d'absence, c'est-à-dire après trente ans depuis la déclaration d'absence... Ces deux textes une fois opposés l'un à l'autre, et, pour ainsi dire, neutralisés l'un par l'autre, il nous reste à consulter l'esprit de la loi; or, nous le demandons, quelle importance peut avoir, pour rendre plus forte la présomption de mort, la circonstance que l'envoi provisoire a été demandé? Cette présomption ne tire-t-elle pas évidemment toute sa force du temps plus ou moins long depuis lequel l'individu est absent sans nouvelles et sans aucune circonstance qui explique son silence? Que si le légis-

lateur a parlé ici de l'envoi provisoire et de l'administration légale, c'est que, presque toujours, ils seront demandés de suite après la déclaration, de sorte qu'ils se sont présentés à son esprit comme indiquant l'époque même de cette déclaration. — M. Demolombe (II, 148) adopte entièrement notre doctrine à cet égard.

Mais il faut que l'absence ait été déclarée pour que ce délai coure; il ne suffirait pas que trente ans se fussent écoulés depuis le moment où l'on aurait pu prononcer la déclaration d'absence. Ainsi, il ne suffirait pas que l'absent fût parti depuis trente-cinq ans, sans procuration, ou, dans le cas contraire, depuis quarante et un ans; l'esprit de la loi ne permettrait pas de prononcer, pour cela seul, l'envoi définitif.

Si la circonstance que l'envoi provisoire a été ou n'a pas été demandé est indifférente quant à la présomption de mort, la circonstance que l'absence a été ou n'a pas été déclarée ne l'est pas. En effet, l'absence peut être plus extraordinaire, et, par conséquent, la présomption de mort plus forte, dans tel cas que dans tel autre; et de ce que la déclaration aurait pu être demandée à telle époque, il ne s'ensuit pas que la demande eût été admise. Peut-être que le tribunal, malgré les cinq ou onze ans d'absence sans nouvelles, eût rejeté cette demande, conformément à l'art. 117. En deux mots, de ce qu'on a pu demander l'envoi provisoire, il s'ensuit que l'envoi provisoire aurait été prononcé; car, une fois la déclaration d'absence obtenue, il ne peut pas être refusé. Mais, de ce qu'on aurait pu demander la déclaration d'absence, il ne s'ensuit nullement que cette déclaration fût intervenue. D'ailleurs, rien dans la loi ne fait croire que l'envoi définitif ne peut venir qu'après un envoi provisoire; mais, au contraire, le rapprochement des intitulés des trois premiers chapitres de notre titre nous prouve bien que l'envoi définitif, comme l'envoi provisoire, et l'administration légale ne peuvent être que des effets de l'*absence déclarée*.

V. — 431. Il est un cas dans lequel, selon certains auteurs, il y aurait exception à ce que nous venons de dire. On a écrit que, quand l'envoi définitif était demandé sur le motif que l'absent avait accompli sa centième année, il pouvait alors être prononcé, sans qu'il y eût déclaration d'absence. Cela nous paraît une erreur. Il est bien vrai qu'alors la loi ne demande pas qu'un délai plus ou moins long se soit écoulé depuis la déclaration d'absence, en sorte que, de suite après cette déclaration, l'envoi définitif pourrait être obtenu; mais il faudra toujours que l'absence soit déclarée; car l'envoi définitif, ainsi que les autres mesures dont parle notre chapitre (l'envoi provisoire, l'administration légale), ne sont, nous le répétons, que des effets de l'absence, et non non pas de l'absence présumée, mais de l'absence proprement dite, de l'absence déclarée. Il n'est pas permis de séparer les éléments dont la loi demande la réunion pour rendre plus forte la probabilité de mort.

Ainsi, d'après la théorie de la loi sainement comprise, il faut, pour arriver à l'envoi définitif : 1° déclaration d'absence; puis 2°, ou que

trente ans se soient écoulés depuis cette déclaration, ou que l'absent ait accompli cent ans.

VI. — 432. L'envoi définitif sera obtenu le plus ordinairement par ceux précisément qui ont obtenu l'envoi provisoire, mais il n'en sera pas toujours ainsi. En effet, il se peut que des individus qui, lors de l'envoi provisoire, auraient dû concourir avec ceux qui l'ont eu, ou qui même les auraient primés et exclus, ne se soient pas présentés, soit parce qu'ils étaient eux-mêmes absents, soit parce que, demeurant loin du domicile de l'absent, ils n'ont pas su ce qui se passait, soit enfin parce qu'ils n'ont pas voulu demander cet envoi provisoire. Or, ces individus pourront se présenter lors de l'envoi définitif, et ils l'obtiendront, si toutefois leur droit n'est pas prescrit.

VII. — 483. Notre article nous dit qu'à l'époque dont il parle, *tous les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent*. Mais il n'y aura pas toujours lieu à demander alors ce partage, qui souvent sera fait depuis longtemps. Quand la déclaration d'absence et l'envoi provisoire auront été prononcés, et que tous les individus, héritiers ou autres, ayant des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, seront venus les exercer, en vertu des art. 120 et 123, il est clair que le partage aura été fait alors, et qu'il n'y aura pas lieu, lors de l'envoi définitif, de parler d'un partage nouveau.

Mais il y aura lieu à faire ce partage dans les cas suivants : 1° si, avant qu'il y ait envoi provisoire et aussitôt ou presque aussitôt après la déclaration d'absence, l'envoi définitif est demandé et obtenu, sur le motif que l'absent a accompli sa centième année; 2° si la déclaration d'absence a été prononcée, mais que l'envoi provisoire ne l'ait pas été, soit que les ayants droit ne l'aient pas demandé, soit parce que l'époux présent l'a empêché en optant pour la continuation de la communauté; 3° enfin, si l'envoi, ayant été demandé et obtenu, ne l'a été que par quelques-uns des ayants droit (il se peut que les autres n'aient pas su ce qui se passait ou n'aient pas voulu exercer leurs droits, parce qu'ils pensaient que l'absent reviendrait bientôt, et qu'ils se présentent pour la première fois lors de l'envoi définitif).

Il va sans dire qu'ici, comme dans le cas des art. 112, 113 et 115, le tribunal dont parle la loi est celui du domicile de l'absent.

VIII. — 434. L'envoi définitif ne peut finir que de deux manières : 1° par la preuve de l'existence de l'absent, et alors ses biens lui sont restitués ; 2° par la preuve de son décès, et alors de deux choses l'une : ou les biens restent aux envoyés en possession, qui les ont désormais à titre de propriétaires incommutables; ou bien ils sont restitués par eux aux héritiers les plus proches de l'absent, au jour de son décès.

On indique souvent comme troisième cause de cessation de l'envoi définitif, l'apparition des descendants de l'absent venant réclamer la restitution des biens, en vertu de l'art. 133. Nous verrons, sous cet art. 133, que ce n'est pas là une troisième manière dont finit l'envoi définitif. Ou bien ces descendants prennent l'action en pétition d'hérédité, en vertu de l'art. 130, en s'appuyant sur le décès prouvé de leur

ascendant, et alors c'est la deuxième manière par nous indiquée; ou bien ils agissent seulement en vertu de l'art. 133, sans prouver qu'ils sont propriétaires, et alors l'envoi définitif dure toujours, il ne fait que changer de main.

130. — La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127.

SOMMAIRE.

I. Cet article et les deux suivants prouvent que les effets produits par l'absence ne sont jamais que du provisoire.
II. Conditions sous lesquelles les héritiers ou leurs représentants peuvent agir.
III. Cet article s'applique aux légataires aussi bien qu'aux héritiers légitimes. — Renvoi aux explications antérieures.
IV. Différence entre l'action en demande de l'hérédité et celle en demande de la possession.
V. Contre quels envoyés en possession peuvent agir les héritiers légitimes, les légataires ou leurs représentants.

I. — **435.** La disposition de cet article et des deux suivants a une grande importance; car c'est elle qui prouve ce que nous avons dit tant de fois, dans l'explication de ce titre, que *toutes* les mesures ordonnées par la loi sur la supposition de la mort de l'absent, ne sont jamais prises que provisoirement et sauf à faire place à des mesures différentes et définitives, s'il vient à être prouvé que cette supposition se trouvait contraire à la réalité. Telle est bien la pensée de ces trois articles; puisque, d'après les art. 131 et 132, les biens de l'absent lui seront toujours rendus à quelque époque qu'il revienne; et que, d'après notre article, dès qu'il sera prouvé que cet absent est mort, c'est, non plus à ceux qui étaient ses héritiers présomptifs au jour de la disparition, mais à ceux qui étaient ses héritiers réels au jour de son décès, que ces mêmes biens passeront. Bien entendu, si ces héritiers réels du jour du décès étaient morts, lorsqu'on acquiert la preuve de ce décès, ce seraient leurs représentants qui prendraient les biens à leur place. Ainsi, dès qu'on connaît ou la vie ou la mort de l'absent, c'est-à-dire dès qu'on tient quelque chose de certain, de réel, les effets qu'avait produits l'absence cessent à l'instant.

N. B. — L'action par laquelle l'héritier réel vient réclamer une succession contre l'héritier *putatif* (c'est-à-dire qu'on *croyait* héritier, mais qui ne l'était pas) s'appelle *pétition d'hérédité*.

II. — **436.** Du reste, pour que les héritiers du jour du décès prouvé ou leurs représentants puissent agir, en vertu de notre article, il faut, évidemment, qu'ils soient dans le délai utile, c'est-à-dire que trente ans ne se soient pas écoulés depuis le décès de l'absent, comme héritiers duquel ils se présentent. Si, en effet, ce laps de trente ans s'était écoulé, la prescription serait acquise, aux termes de l'art. 2262; à

moins qu'elle n'ait été suspendue pour interdiction ou minorité, d'après l'art. 2252.

En outre, si c'est pendant l'envoi définitif que l'on acquiert la connaissance du décès de l'absent, ceux qui étaient héritiers au jour du décès, ou leurs représentants ne pourront agir contre les possesseurs que pour ce qui leur reste encore des biens de l'absent. En effet, d'après l'art. 132, ce serait là le seul droit qui resterait *à l'absent lui-même*, si c'était lui qui revînt; or, il est clair que ses héritiers ne peuvent pas avoir plus de droits qu'il n'en aurait lui-même.

III. — 437. Ce que notre article dit des héritiers légitimes s'appliquerait également, bien entendu, à ses héritiers testamentaires, ou, pour mieux dire, à ses légataires. Si donc, en apprenant la mort de l'absent, on découvrait un testament qui appelât tels ou tels à sa succession, il est clair que ces légataires ou, s'ils étaient morts, leurs représentants viendraient efficacement réclamer les biens, pourvu, 1° que les légataires eussent survécu au testateur, sans quoi le legs serait nul, et 2° qu'on fût encore dans les trente ans de la mort de l'absent.

IV. — 438. Au n° VII de l'art. 120, nous avons vu que le droit de demander l'envoi en possession des biens de l'absent se prescrit par trente ans, à partir *de la déclaration d'absence;* et au n° II de notre art. 130, nous avons dit que celui de réclamer la succession de l'absent se prescrit aussi par trente ans, mais à partir *du décès de l'absent*. Chacune de ces deux prescriptions est donc distincte de l'autre, et pourrait être accomplie sans que l'autre le fût; en sorte que l'ayant droit pourrait encore exercer l'une des deux actions, bien qu'il lui fût désormais impossible d'exercer l'autre.

Ainsi, en 1821, on déclare absent un individu qui avait deux parents, Paul, son neveu, et Louis, son cousin. C'était à Paul qu'appartenait l'envoi provisoire; mais il a ignoré ce qui se passait, c'est Louis qui a obtenu cet envoi, et l'on arrive, les choses étant ainsi, jusqu'en 1850. Paul ne pourra plus demander l'envoi en possession, le droit qu'il avait de le faire étant prescrit. Mais cela ne l'empêchera pas, si plus tard il apprend la mort de l'absent arrivée postérieurement à 1820, en 1825, par exemple, d'agir, en vertu de notre article, pour se faire rendre la succession, pourvu qu'il soit encore dans les trente années de cette mort, c'est-à-dire pourvu qu'il agisse avant 1855.

La réciproque pourrait également avoir lieu.

V. — 439. Ce n'est pas contre tous envoyés en possession, quels qu'ils soient, que ceux qui se présentent, en vertu de notre article, comme héritiers les plus proches du jour du décès, pourront agir. Ainsi, ils ne pourront pas redemander les biens possédés aujourd'hui par un donateur avec clause de retour pour le cas de prédécès de l'absent, ni l'usufruit qu'a repris le nu propriétaire d'un immeuble dont l'absent était l'usufruitier. Il est clair, en effet, que par la mort de l'absent, ces divers ayants droit sont devenus propriétaires irrévocables, de simples possesseurs qu'ils étaient.

Ils pourront agir quelquefois, mais non toujours, contre les représentants du conjoint de leur auteur, à raison de ses gains de survie : c'est quand il se trouvera que l'absent, au lieu d'être mort avant ce conjoint resté présent, lui a, au contraire, survécu ; et alors ils auront, en outre, le droit de réclamer, des représentants de ce conjoint, les gains de survie qui auraient pu être stipulés au profit de leur auteur. Ils ne pourront également agir contre les représentants des légataires, qu'autant que ces légataires seraient morts avant l'absent.

Ainsi, ceux qui avaient pris les biens de l'absent, à titre d'héritiers légitimes ou leurs représentants, sont les seuls contre lesquels ceux qui invoquent l'art. 130 puissent agir sans distinction et dans tous les cas.

131. — Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront; sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre Ier du présent titre, pour l'administration de ses biens.

SOMMAIRE.

I. Le retour de l'absent fait cesser l'absence complétement ; de simples nouvelles font cesser l'absence déclarée, mais peuvent replacer dans l'absence présumée.

II. Si les nouvelles étaient d'une date assez reculée, elles permettraient, tout en faisant cesser la déclaration d'absence, d'en demander de suite une nouvelle.

III. La cessation de l'absence déclarée aura toujours lieu par suite des nouvelles, si tard que ces nouvelles puissent arriver et si loin que puisse remonter leur date, à moins que cette date ne soit antérieure de cinq ou de onze ans, selon les cas, à la déclaration d'absence.

I. — 440. Ce que notre article dit pour l'envoi provisoire s'appliquera aussi, évidemment, à l'envoi définitif. Il fallait, comme on va le comprendre bientôt, ne faire qu'un article des deux art. 131 et 132.

Dès lors qu'on acquiert la preuve de l'existence de l'absent, soit par son retour, soit seulement par des nouvelles qu'on reçoit de lui, l'absence proprement dite cesse ; mais il y a cependant une différence, selon que l'absent revient, ou que seulement on entend parler de lui. Dans le premier cas, il n'y a plus ni absence déclarée, ni absence présumée, et aucune disposition de notre titre ne peut être appliquée. Au contraire, si l'on a seulement reçu des nouvelles de l'absent et que son retour ne les suive pas de près, ou que ces nouvelles soient déjà, quand on les reçoit, d'une date reculée, alors l'absence proprement dite cesse bien ; mais, comme il y a encore incertitude sur l'existence actuelle de l'absent, on retombe dans la présomption d'absence, et il y a lieu d'invoquer les art. 112 et 113, si l'administration des biens souffre. Que si un nouveau délai de quatre ans s'écoule, à partir de ces nouvelles (à partir, non pas de l'époque de l'*arrivée* des nouvelles ; mais de leur *date*, comme nous l'avons dit au n° III de l'art. 115), on se retrouve, comme on le comprend, dans le cas prévu par l'art. 115,

et l'on peut demander une nouvelle déclaration d'absence, d'après les règles qui ont été expliquées au chapitre 2.

On comprend encore que si l'absent, en donnant de ses nouvelles, désignait un mandataire qui se chargeât de l'administration des biens, il n'y aurait plus lieu pour le tribunal, aux termes de l'art. 112, de s'occuper de cette administration, et de plus, ce ne serait, d'après l'art. 121, qu'après un délai de dix ans, depuis la date de ces nouvelles, qu'une seconde déclaration d'absence pourrait être sollicitée.

II. — 441. De ce que nous avons dit, que ce n'est pas à l'époque de l'arrivée des nouvelles qu'il faut s'attacher, mais à celle de leur date, il suit que des nouvelles reçues après la déclaration d'absence pourraient, tout en faisant cesser les effets de cette première déclaration, permettre d'en demander *de suite* une seconde. Il suffirait pour cela que ces nouvelles, lors de leur arrivée, eussent déjà quatre ans de date (ou dix ans, si elles portaient nomination d'un mandataire). Ainsi, Paul a été déclaré absent en 1820, puis, en juin 1823, on reçoit de lui des nouvelles, par lesquelles il ne choisit pas de procureur, et qui remontent au mois d'avril 1819. Les effets de l'absence déclarée en 1820 cessent; mais, comme il est prouvé, non pas que l'absent existe encore, mais seulement qu'il existait au mois d'avril 1819, c'est-à-dire il y a quatre ans, on se retrouve dans le cas prévu par l'art. 115, et l'on peut demander de suite une nouvelle déclaration d'absence, qui pourra être prononcée au moyen de l'enquête et des autres formalités voulues par le chapitre 2. Que si, par ces nouvelles de 1819, l'absent avait choisi un mandataire, il faudrait attendre jusqu'en 1829, c'est-à-dire qu'à partir de la réception, que nous plaçons en 1823, il y aurait six ans de présomption d'absence à courir, avant de pouvoir demander la déclaration.

III. — 442. Cette cessation des effets de la déclaration d'absence, sauf la possibilité d'obtenir de suite une déclaration nouvelle, devra avoir lieu, à quelque époque qu'on ait des nouvelles et à quelque moment que remontent ces nouvelles au moment où on les reçoit.

Ainsi, en 1810, un individu disparaît; en 1814, son cousin a demandé, et il a obtenu en 1815, la déclaration d'absence; en 1845, l'envoi définitif est prononcé. Cinq ans après, en 1850, un neveu de l'absent, qui était peut-être parti avec lui, revient. Il ne sait si son oncle vit encore, mais il prouve qu'il existait, dans tel pays, en 1825, dix ans après la déclaration d'absence. Cette déclaration ne peut plus produire ses effets, puisqu'on a des nouvelles postérieures en date (car, nous l'avons dit, on ne doit s'arrêter qu'à la date), et que la déclaration n'est efficace, d'après les art. 115 et 121, que quand elle a été demandée après quatre ans ou dix ans depuis la disparition ou les *dernières nouvelles*. Or, ici, les dernières nouvelles remontent à 1825; ce n'est donc qu'à partir de cette époque que recommence l'incertitude sur l'existence de l'individu. De ce moment, par conséquent, recommence une nouvelle *présomption* d'absence, laquelle, n'étant point suivie d'une déclaration d'absence, a continué, comme simple pré-

somption, jusqu'à la manifestation des renseignements donnés en 1850, c'est-à-dire pendant vingt ans. On doit donc, tout en conservant à la déclaration d'absence les effets qu'elle a produits antérieurement, ne pas lui en accorder de nouveaux. Ainsi, une seconde déclaration va être demandée ; puis, quand elle sera prononcée, un nouvel envoi provisoire aura lieu, non pas au profit du cousin de l'absent qui avait l'envoi définitif, en vertu de la première absence, mais au profit de son neveu, qui se trouve être l'héritier le plus proche à la date des dernières nouvelles. C'est à lui, dès lors, que le cousin qui avait eu l'envoi définitif, va restituer les biens ; mais seulement dans l'état où ils se trouvent, conformément à l'art. 132.

Il en serait de même, c'est-à-dire qu'il faudrait également une nouvelle déclaration d'absence, encore que l'époque à laquelle remonte la certitude de l'existence de l'absent fût antérieure à la première déclaration. Ainsi, dans notre hypothèse, où l'absence avait été déclarée en 1815, il faudrait une nouvelle déclaration, par cela seul qu'il se trouverait prouvé que l'absent existait encore en 1814, 1813 ou 1812. La raison en est que la déclaration d'absence, comme nous l'avons déjà dit, n'est régulière, légale, et ne peut produire ses effets, qu'autant qu'elle apparaît précédée de cinq ou onze ans d'incertitude sur l'existence de l'absent.

132. — Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.

SOMMAIRE.

I. Cet article aurait dû ne faire qu'un avec l'article précédent.

II. L'article ne s'applique pas seulement au cas de retour de l'absent ou de la preuve de son existence ; mais toutes les fois qu'il y a lieu à restitution des biens pendant l'envoi définitif.

III. Portée de notre article. — De quelle nature est la propriété des envoyés définitifs. — Le principe est que, quand la restitution se fait, 1° tous les actes de disposition des envoyés restent valables ; mais 2° ces envoyés ne peuvent pas rester enrichis aux dépens de l'absent ou de ses représentants.

IV. Conséquences : l'envoyé restituerait une action en nullité ; un bien acquis en échange ; celui acheté par le prix de la vente ; une rente obtenue de la même manière ; la somme même formant le prix, si elle existait encore.

V. La donation même d'un bien de l'absent pourrait, selon les circonstances, forcer l'envoyé à en verser la valeur.

I. — 443. Nous avons déjà dit que, dans le cas prévu par cet article, c'est-à-dire dans le cas d'envoi définitif, il y avait lieu d'appliquer la disposition de l'article précédent. Il est bien clair, en effet, que quand l'absent reparaît, ou que son existence est prouvée, pendant l'envoi définitif, les effets de la déclaration d'absence cessent ; sauf, si l'on retombe dans la présomption d'absence, à appliquer les art. 112 et 113.

Il fallait donc réunir ces deux art. 131 et 132 en un seul, et dire :

« Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée, soit pendant l'envoi provisoire ou l'administration légale, soit pendant l'envoi définitif, les effets du jugement, etc. Mais si la preuve de son existence n'arrive que pendant l'envoi définitif, les biens ne seront restitués que dans l'état où ils se trouveront; tandis que si elle a lieu avant, ils seront tous rendus tels qu'il les a laissés. »

En effet, comme nous avons eu déjà occasion de le dire plusieurs fois, et comme notre article le prouve clairement, l'envoi définitif a pour effet de rendre les envoyés propriétaires des biens, sous la condition qu'en cas de preuve acquise de l'existence de l'absent, ou, d'une manière plus générale, en cas de restitution à faire par les envoyés définitifs, leur propriété sera résolue pour ce qu'ils se trouveront posséder encore.

II. — 444. Nous disons que notre article s'appliquera, non pas seulement si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, mais encore si, par une cause quelconque, il y a lieu à la restitution des biens. En effet, il faut rapprocher de cet article la disposition de l'art. 130, qui veut, comme nous l'avons vu, qu'à quelque époque qu'on apprenne la mort de l'absent, arrivée aussi à quelque époque que ce soit (pourvu que ce ne soit pas plus de trente ans avant l'époque où l'on agit, auquel cas il y aurait prescription), ceux qui auront joui des biens de l'absent soient tenus de les restituer à ceux (ou aux représentants de ceux) qui se trouveraient avoir été héritiers de cet absent, au moment de sa mort. Il faut également rapprocher de notre art. 132 l'article suivant, qui donne aux enfants de l'absent le droit d'agir, comme l'absent lui-même, pour demander la restitution, mais pourvu qu'ils se présentent dans les trente ans depuis l'envoi définitif.

Ainsi, l'absent, lui, pourra venir redemander les biens à quelque époque que ce soit, parce que contre lui il n'y a pas de prescription possible, comme nous l'avons vu à l'art. 128, n° IV. Quant à ses héritiers, il faut distinguer : tantôt, comme nous le verrons à l'article suivant, ils agissent comme héritiers *réels*, en vertu de l'art. 130 et en prouvant le décès, et alors leur action doit être intentée dans les trente ans de ce décès; tantôt ils n'agissent que comme héritiers *présomptifs*, pour demander seulement la possession à ceux qui l'avaient obtenue; et alors, si ce sont des parents autres que des descendants directs, ils doivent agir, d'après les règles ordinaires, dans les trente ans depuis le moment où s'est ouvert leur droit de demander cette possession, c'est-à-dire depuis la déclaration d'absence; que si ce sont des descendants, ils peuvent, en vertu du privilége à eux accordé par l'art. 133, agir encore pendant trente ans depuis l'envoi définitif, quand même la prescription serait accomplie quand ils agissent.

III. — 445. Il nous faut maintenant bien saisir quelle est, dans notre article, l'idée du législateur.

D'un côté, le législateur ne voulait pas, ne pouvait pas, dans l'intérêt général, laisser indéfiniment dans l'incertitude et en suspens le

droit de propriété; il accorde donc aux possesseurs, pendant l'envoi définitif, le droit de disposer valablement des biens de l'absent. D'un autre côté, comme ce droit n'est encore basé que sur une présomption, il disparaîtra devant une réalité contraire; le droit de propriété des envoyés s'évanouira donc, s'il vient à être prouvé que les biens n'étaient vraiment pas à eux; mais il ne s'évanouira que pour l'avenir, et tout ce qui aura été fait restera valable. L'absent ou tous autres à qui la restitution sera faite, reprendront les biens; mais il les reprendront *dans l'état où ils se trouveront,* et sans pouvoir inquiéter aucun acquéreur, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit.

Toutefois, ce n'est pas à la faculté de reprendre seulement les biens qui existent *en nature* dans les mains de l'envoyé, que se borne le droit de l'absent ou de son vrai représentant; il peut prendre aussi le prix des biens vendus, si l'envoyé l'a encore, ou enfin les biens acquis au moyen de ce prix. Ainsi, les envoyés doivent rendre tout ce qu'ils ont, soit des biens de l'absent, soit de ce qui provient directement de l'aliénation de ces biens.

Le principe auquel on peut ramener cette disposition est donc que, d'un côté, tout ce qui a été fait par les envoyés est et demeure valable; mais que, d'un autre côté, ceux-ci ne doivent pas rester enrichis aux dépens d'individus qu'ils connaissent maintenant pour les vrais propriétaires.

IV. — 446. Ainsi, il est tout d'abord évident que si l'envoyé en possession avait quelque action en nullité ou en rescision, par l'exercice de laquelle il pût recouvrer un bien aliéné, cette action passerait à l'absent ou à ses représentants. Le bien acquis par l'envoyé en échange d'un bien de l'absent, appartient aussi à ce dernier. Il en sera de même de celui acheté avec les deniers d'un immeuble vendu, toutes les fois qu'il sera constant que l'acquisition a vraiment été faite avec ces deniers. Ainsi, l'envoyé a vendu un bien de l'absent, pour une somme de 25000 francs, par-devant tel notaire qu'il a chargé de toucher le prix, pour lui acheter, avec ce prix, une propriété qui fût plus à sa convenance; ce qui a été fait. Ce nouveau bien appartient à l'absent. De même, si les 50000 francs, provenant de la vente de tel immeuble de l'absent ont été placés de suite après le payement, soit par le notaire, sur l'ordre de l'envoyé, soit par l'envoyé lui-même, en achat de rentes sur l'État, ces rentes appartiennent encore à l'absent.

Peu importe, dans ces différents cas, que les immeubles ou les rentes achetées aient, depuis l'acquisition, augmenté ou diminué de valeur, ils appartiendront à l'absent avec la valeur qu'ils se trouveront avoir. Ils sont la représentation et le remplacement de son bien, il doit donc les prendre dans l'état où ils sont comme il le ferait pour ce bien lui-même. Que si une somme de..., provenant de l'aliénation d'un bien de l'absent, a été placée, de suite après son versement, chez un banquier, et que ce banquier ait failli, la perte, évidemment encore, sera supportée par l'absent.

Il ne serait pas aussi facile de se décider, si 40, 50 ou 60 000 francs de biens de l'absent ayant été aliénés, depuis un temps assez éloigné, l'envoyé se trouvait avoir, lors de la restitution à faire, une valeur de 100 000 francs ou plus, en numéraire, dans laquelle l'absent prétendrait retrouver les 60 000 francs provenant de la vente de ses biens, tandis que l'envoyé soutiendrait que ce prix a été perdu, dissipé, et que les valeurs qu'il a aujourd'hui proviennent d'autres sources. Il faudrait alors interroger les circonstances et se décider d'après les explications et les renseignements administrés par cet envoyé d'une part, par l'absent de l'autre.

V. — 447. L'absent aurait-il quelque répétition à faire contre l'envoyé, pour les donations de ses biens faites par cet envoyé ?

Il semble d'abord qu'on devrait répondre négativement pour tous les cas, puisqu'une donation ne procure rien à celui qui l'a faite et que, dès lors, l'envoyé donateur ne se sera jamais enrichi aux dépens de l'absent. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. Il est telle donation qui eût été faite également par l'envoyé, alors même qu'il n'aurait pas joui des biens de l'absent et qu'il n'aurait eu que ses propres biens. Supposons un père ayant 200 000 francs de biens à lui propres, et aussi 200 000 francs de biens appartenant à l'absent. Il marie sa fille unique et lui donne, en dot, un immeuble de l'absent, d'une valeur de 30 000 francs. N'est-il pas clair qu'il eût également fait cette donation, alors même qu'il n'aurait eu que ses biens propres? S'il a pris un bien de l'absent, c'est qu'il trouvait ce bien plus convenable peut-être ; mais, s'il ne l'eût pas eu, il eût donné un des siens. L'absent sera donc fondé à lui dire : « *Eo locupletior factus es, quantum propriæ pecuniæ pepercisti*. Versez-moi donc 30 000 francs, valeur de mon immeuble, et le résultat sera absolument le même que si vous aviez déboursé cette somme pour m'acheter mon immeuble et le donner à votre fille, que, certainement, vous n'eussiez pas mariée sans la doter. »

Il n'est pas besoin de dire qu'on ne pourrait pas toujours arriver à cette conclusion. Si ce père, par exemple, avec 200 000 francs de biens de l'absent, n'avait eu à lui que 25 ou 30 000 francs de biens, et qu'il en eût donné pour 50 000 francs à son enfant, il est évident qu'on ne pourrait plus lui tenir le même langage. Il n'eût pas donné à sa fille une dot de 50 000 francs, s'il n'en avait possédé que 25 000.

Ce sera donc d'après les circonstances seulement que ces questions et autres semblables pourront se décider. Le principe sur lequel il faudra toujours s'appuyer, c'est, ainsi que nous l'avons dit plus haut, que l'envoyé ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'absent ; mais qu'il ne faut pas non plus, réciproquement, que l'envoi en possession ait été pour lui un piége qui, au moyen de la restitution à faire, le rende plus pauvre qu'il ne l'eût été, sans cet envoi en possession.

133. — Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, de-

mander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent.

SOMMAIRE.

I. C'est la simple possession, et non la propriété des biens, que les enfants viennent réclamer dans le cas de cet article.

II. Cette disposition est un privilége que la loi accorde, en dehors des principes, aux seuls descendants de l'absent. — Quant à la pétition d'hérédité, ces descendants restent sur la même ligne que tous autres héritiers.

III. Résumé des explications des deux numéros précédents. Renvoi à une explication de l'art. 129.

IV. Il est une circonstance où la possession des biens pourrait être enlevée aux envoyés, même après plus de trente ans depuis l'envoi définitif.

V. Cette action des enfants, en réclamation de la succession, ne peut s'intenter que contre les envoyés à titre d'héritiers ou leurs représentants, et aussi, dans un cas particulier, contre les représentants seulement des légataires.

VI. Le délai privilégié accordé par notre article ne forme point une prescription. Conséquence.

I. — 448. Cet article présente une disposition bien simple et qu'il est facile de saisir, quand on ne confond pas, comme l'ont fait plusieurs interprètes du Code, deux choses très-distinctes, deux actions qui n'ont rien de commun entre elles.

Deux actions peuvent compéter aux héritiers les plus proches de l'absent, contre ceux, plus éloignés, qui détiennent indûment ses biens, en qualité d'envoyés en possession. L'une a pour objet *la possession* seulement de ces biens ; elle appartient, en vertu de l'art. 120, aux héritiers *présomptifs* du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et se prescrit par trente ans, à partir de la déclaration d'absence. L'autre, qui est la pétition d'hérédité, a pour objet la *propriété* des biens ; elle appartient, en vertu de l'art. 130, aux héritiers *réels*, du jour du décès prouvé, et se prescrit par trente ans à partir de ce décès, sauf, bien entendu, dans l'un et l'autre cas, les suspensions de prescription (art. 2252). La première de ces actions, celle par laquelle on réclame, en vertu de l'art. 120, la simple possession des biens de l'absent, contre ceux qui l'ont indûment obtenue, ne s'intente jamais que pendant l'absence ; l'autre, au contraire, la pétition d'hérédité, qui s'exerce, en vertu de l'art. 130, ne peut jamais être intentée qu'après l'absence finie, puisqu'elle se fonde sur la mort prouvée de l'absent, et que l'absence n'est que le résultat de l'incertitude sur la vie ou la mort.

Or, notre article ne s'occupe nullement de la pétition d'hérédité ; mais seulement de la demande en possession des biens. Aussi n'est-il nullement question, dans cet article, du décès prouvé de l'absent.

II. — 449. Précisons, maintenant, l'effet de la disposition de notre article.

Si cet article n'existait pas au Code, les enfants et descendants de l'absent, comme tous ses autres héritiers, ne pourraient agir, pour enlever la possession de ses biens à ceux qui l'ont indûment obtenue, qu'autant que la prescription de trente ans n'aurait pas fait évanouir pour eux le droit de la demander, ainsi qu'on l'a dit à l'art. 120,

n° VII. Ainsi, soit un individu qui disparaît en 1810 et dont le fils était absent lui-même; en 1815, l'absence est déclarée et des collatéraux obtiennent l'envoi provisoire. Les mêmes parents, trente ans après, c'est-à-dire en 1845, font prononcer l'envoi définitif. Plus tard, le fils de l'absent revient et veut obtenir la possession des biens de son père; eh bien! il ne réussirait pas, d'après les principes généraux; car plus de trente ans se sont écoulés depuis que le droit de demander cette possession s'est ouvert, et, par conséquent, il y a prescription. Or, d'après notre article, qui déroge en ce point aux principes généraux, en faveur des descendants, le fils réussira, pourvu seulement qu'il soit dans les trente ans de l'envoi définitif.

La disposition de notre article est donc un bénéfice tout particulier accordé aux descendants seulement de l'absent, et en vertu duquel ils peuvent obtenir la possession des biens de leur ascendant, tant que trente ans ne se sont pas écoulés depuis l'envoi définitif, et quoique trente-cinq, quarante-cinq années, ou plus, se soient écoulées depuis la déclaration d'absence. Mais, nous le répétons, cet article ne s'occupe nullement de la pétition d'hérédité, laquelle reste soumise aux règles ordinaires et ne pourrait être exercée, par les enfants comme par tous autres, que dans les trente années du décès prouvé.

III. — 450. Pour nous résumer sur les deux numéros qui précèdent, nous dirons :

L'action en réclamation de la *possession* des biens de l'absent peut être exercée, contre ceux qui ont indûment obtenu cette possession, pendant trente ans, à partir de la déclaration d'absence, par les héritiers présomptifs autres que des descendants de l'absent; mais elle peut l'être par ces descendants, jusqu'à l'expiration de trente années depuis l'envoi définitif. Quant à l'action en pétition d'hérédité, laquelle ne peut s'intenter qu'une fois le décès prouvé, et, par conséquent, après la cessation de l'absence, elle ne peut être exercée, soit par des descendants, soit par des collatéraux, que dans les trente ans à partir du décès; mais elle peut toujours l'être pendant ces trente ans, à quelque époque que le décès soit arrivé.

On voit, par les explications qui précèdent, que nous avons eu raison de dire, sous l'art. 129, n° VIII, que l'envoi définitif ne cessait que de deux manières : 1° par la preuve de l'existence de l'absent; 2° par la preuve de son décès; et que l'apparition d'enfants de l'absent n'était point une troisième manière de le faire cesser.

En effet, ou ces enfants demanderont la propriété des biens, en vertu de l'art. 130, et en prouvant le décès de leur père, et alors c'est la deuxième cause de cessation; ou ils agiront, soit en vertu de notre article, soit en vertu de l'art. 120, sans prouver ce décès, et pour demander seulement la possession, et alors l'envoi définitif ne cesse pas, il a seulement lieu au profit d'autres envoyés. Car les enfants, dans ce cas, ne sont pas propriétaires incommutables; ils sont seulement possesseurs, comme les autres envoyés l'étaient, et si leur père, qui est toujours absent, puisque ni sa mort ni son existence ne sont prouvées,

revenait, ils lui rendraient ses biens dans l'état où ils se trouveraient, comme les autres envoyés l'auraient fait.

IV. — 451. Nous avons déjà vu, sous l'art 131, n° II, que, si dans le cas de l'absence, soit pendant l'envoi provisoire, soit pendant l'envoi définitif, on reçoit des renseignements qui prouvent l'existence de l'absent à une époque très-reculée, lors de leur réception, l'absence cesse, puisqu'on a des nouvelles, mais ne cesse que pour donner lieu à une absence nouvelle, puisque l'existence ne se trouve prouvée qu'à une époque très-éloignée déjà, depuis laquelle il y a de nouveau incertitude; en sorte qu'on se retrouve dans le cas de l'art. 115.

Or, on conçoit que cette circonstance pourrait donner lieu, contre les envoyés, à une demande en restitution, même *après trente ans* depuis l'envoi définitif.

Ainsi, un individu est parti en 1810; on a prononcé la déclaration d'absence en 1815 et l'envoi définitif en 1845. Quarante ans après, en 1885, un enfant, que l'absent a eu pendant son absence, revient en France. Cet enfant, sans savoir lui-même si son père, dont il s'est trouvé séparé depuis longtemps et qu'il espérait retrouver en France, vit encore ou non, prouvera qu'il vivait il y a vingt-cinq ans, en 1860. La déclaration d'absence de 1815 ne peut plus produire d'effet; la première absence cesse. Mais on se retrouve, au moment même, dans une présomption d'absence qui dure déjà depuis l'époque à laquelle remonte l'existence prouvée, c'est-à-dire depuis vingt-cinq ans. On peut donc demander de suite une nouvelle déclaration d'absence et un nouvel envoi (provisoire seulement, quant à présent) en possession. Cet envoi sera obtenu par l'héritier le plus proche *au moment des dernières nouvelles* (art. 120), c'est-à-dire au moment où il est certain que l'absent existait, conséquemment par l'enfant, auquel celui qui avait obtenu l'envoi définitif ou son représentant, devra restituer les biens. Il y avait cependant quarante ans que cet envoi définitif était prononcé !... Si c'était, non plus l'existence de son père, mais *sa mort*, que cet enfant prouvât avoir eu lieu en 1860, il pourrait alors exercer contre les envoyés définitifs, l'action en pétition d'hérédité, en vertu de l'art. 130, puisque son action, que nous supposons exercée en 1885, serait intentée avant les trente ans du décès.

On voit donc que, même après plus de trente ans depuis l'envoi définitif, les envoyés ne sont pas encore à l'abri soit d'une action en restitution de la possession, soit d'une action en pétition de l'hérédité.

452. Du reste, et bien entendu, pour que les enfants qui se présenteraient ainsi, après plus de trente ans depuis l'envoi définitif, agissent efficacement, il faudrait qu'au moment où ils viendraient exercer leur action, il ne se fût pas écoulé trente ans depuis le moment où ils auraient pu demander une nouvelle déclaration d'absence; car alors leur droit serait prescrit. En effet, ils ne pourraient agir alors, ni en vertu des principes ordinaires, puisqu'il y aurait prescription de trente ans, ni en vertu du privilége de notre article, puisqu'ils ne seraient plus dans les trente ans de l'envoi définitif.

V. — 453. Il faut faire ici une remarque semblable à celle que nous avons faite sous le n° V de l'art. 130, et qui, comme celle-ci, est une conséquence de ce qui a été dit à l'art. 123, n° VII : c'est que, quand les descendants de l'absent viendront, pendant l'envoi définitif, agir contre ceux qui avaient la possession, pour la leur enlever, leur action ne pourra pas avoir pour objet ceux des biens de l'absent pris par des donataires, donateurs avec clause de retour ou nus propriétaires. En effet, cette action en réclamation de possession n'a jamais lieu, comme on l'a fait remarquer au n° III ci-dessus, que pendant l'absence; or, tant qu'il y a absence, il ne peut pas y avoir lieu à restitution des biens pour les envoyés dont nous parlons ici, ni pour leurs représentants; une seule cause peut faire cesser leur possession; c'est la preuve de l'existence actuelle de l'absent. C'est contre ceux qui possèdent les biens de l'absent à titre d'héritiers présomptifs, ou comme représentants de ces héritiers présomptifs, que la demande en possession sera utilement dirigée; parce que ces possesseurs se trouvent sans droit, dès-là qu'il se présente des héritiers plus proches qu'eux et qui sont encore dans le délai utile pour agir.

Cette action ne pourra jamais être dirigée, non plus, contre les légataires, mais elle pourra l'être quelquefois contre leurs représentants. C'est lorsque la première absence cessant par la preuve administrée de l'existence de l'absent, à une époque plus ou moins reculée, il se trouvera que les légataires, chez les représentants desquels est aujourd'hui la possession, étaient morts à l'époque où l'absent vivait encore. Alors, en effet, le legs n'a pas pu s'ouvrir à leur profit, le testament étant nul par la survie du testateur aux légataires.

VI. — 454. Ce que nous avons dit, en terminant le n° IV, que les descendants de l'absent seraient déchus absolument du bénéfice de notre article, dès-là qu'il se serait écoulé trente ans depuis l'envoi définitif, indique que nous ne regardons pas le laps de trente ans dont il s'agit ici comme une prescription. La prescription, en effet, pourrait être suspendue par la minorité ou l'interdiction de ces descendants, et elle pourrait, dès lors, dans certains cas, leur permettre encore d'agir après l'expiration des trente années.

A nos yeux, ce laps de trente ans est un délai préfix et invariable que rien ne peut augmenter. En effet, la disposition de notre article, comme on l'a vu, est tout à fait exceptionnelle et portée en dehors des principes; le délai qu'elle accorde à l'enfant, elle le lui donne en sus de la prescription ordinaire; or, une exception ne doit jamais s'étendre au delà de ses termes; on ne peut donc pas accorder à l'enfant, à cause de telle ou telle circonstance, trente-quatre, trente-six ou quarante ans, alors que la loi ne lui en donne absolument que trente (1).

(1) *Conf.* Delvincourt, Proudhon (I, p. 335); Duranton (I, 513); Talandier (p. 235). *Contrà* : Toullier (I, 435); de Moly (n° 690); Zachariæ (I, 310); Plasman (I, p. 249); Valette (I, p. 335); Demolombe (II, n° 185); Aubry et Rau (4e édit., I, § 157, note 12, p. 625).

134. — Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront l'administration légale.

SOMMAIRE.

I. C'est contre les envoyés que s'exercent les droits et actions compétents contre l'absent; réciproquement, ces envoyés exercent ceux appartenant à cet absent.
II. Avant la déclaration d'absence, c'est contre l'absent qu'il faut procéder.
III. Les envoyés provisoires, n'ayant point le caractère d'héritiers réels, ne seront pas tenus des dettes *ultra vires*.
IV. Les biens d'un absent sont prescriptibles. — Provisoirement, la prescription de ces biens est présumée courir contre l'envoyé; mais s'il est prouvé plus tard que l'absent vivait, c'est contre lui qu'elle a couru réellement.

I. — 455. Les envoyés en possession et l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté, sont représentants de l'absent et administrateurs de ses biens. Par conséquent, c'est contre eux que devront agir tous ceux qui ont des droits à exercer contre l'absent; comme aussi ce sont eux qui agiront, au nom de l'absent, pour poursuivre les droits que celui-ci aurait à exercer.

Donc, quoique notre article ne parle que du droit de *défendre* aux actions, il est clair que les envoyés ou l'administrateur légal aura aussi le droit d'*intenter* toutes actions compétant à l'absent. Nous en trouvons d'ailleurs la preuve dans l'art. 817, qui nous dit : « L'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs, peut être exercée par leurs tuteurs spécialement autorisés; à l'égard des cohéritiers absents, l'*action appartient aux parents envoyés en possession.* » (1)

II. — 456. Pendant la simple présomption d'absence, c'est contre l'absent lui-même qu'il faut procéder. Un exploit sera valablement notifié, lorsque la copie aura été remise à son dernier domicile, et si ce domicile n'était pas connu, une copie serait remise au procureur de la République, et l'autre affichée à la porte de l'auditoire du tribunal, conformément à l'art. 69, n° 8, du Code de procédure. Que si le tribunal, comme il le peut, en vertu de l'art. 112, avait nommé un curateur chargé d'administrer tous les biens du présumé absent, et de le représenter, il est clair que c'est contre ce curateur qu'il faudrait agir.

III. — 457. De ce que les héritiers présomptifs de l'absent, envoyés en possession de ses biens, représentent cet absent, en faut-il conclure qu'ils seront tenus, comme le sont les héritiers purs et simples d'un défunt, des dettes de cet absent *ultra vires successionis;* en telle sorte qu'ayant pris, par exemple, 50 000 francs de biens, ils seraient obligés, s'il y avait 600 000 francs de dettes, d'acquitter ces dettes intégralement et en prenant sur leurs biens personnels? Non; les envoyés n'ont

(1) Jugé que l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent peut exercer, comme demandeur, les actions immobilières relatives à ces biens sans autorisation du conseil de famille. Douai, 28 nov. 1853 (Dev., 54, 2, 431).
Sic : Demolombe (II, n° 114); Massé et Vergé (p. 149, § 100, note 3). *Contrà :* Aubry et Rau (4e édit., I, § 153, note 16, p. 608).

point encore le caractère ni le titre d'héritiers réels, ils ne sont qu'héritiers présomptifs. Ils ne sont point propriétaires, mais simples possesseurs.

On ne peut donc pas leur supposer, comme on est fondé à le faire pour celui qui accepte purement et simplement une succession, la volonté de supporter ainsi, même au delà de la valeur des biens, toutes les obligations de l'absent. Si telle avait été l'idée du législateur, il aurait certainement indiqué, pour le cas d'absence, comme pour le cas de succession, un moyen d'éviter ce résultat, un bénéfice d'inventaire, par l'effet duquel on se serait mis à l'abri d'une telle responsabilité. Les envoyés ne seront donc tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens.

IV. — 458. Si la prescription, d'après ce que nous avons dit à l'article 128, ne peut pas courir contre l'absent, au profit des envoyés en possession, c'est, on l'a vu, pour une raison particulière, et il n'en faudrait pas conclure que les biens des absents sont imprescriptibles. L'absence n'est point, comme la minorité et l'interdiction, une cause de suspension de la prescription : les biens des absents pourront donc être prescrits par des tiers.

Mais contre qui courra cette prescription? Sera-ce contre l'absent? sera-ce contre l'envoyé? On sent l'intérêt de la question : l'envoyé, par exemple, pourrait être un mineur, tandis que l'absent serait majeur, et la prescription, dès lors, serait ou ne serait pas suspendue, selon qu'elle courrait contre le premier ou contre le second... La question est controversée, et sa solution cependant nous paraît on ne peut plus simple.

La prescription d'un bien ne peut courir que contre celui à qui ce bien appartient; or, qui est propriétaire du bien de l'absent pendant l'absence?... Qui? On n'en sait rien : c'est l'absent, s'il existe encore; ce sont les envoyés, si l'absent est mort : on ne le saura que plus tard. Eh bien! c'est plus tard aussi que l'on saura contre qui la prescription a couru.

Mais puisque, provisoirement et sauf preuve contraire, l'absent est réputé mort; puisque, provisoirement, sa succession est ouverte et partagée, et tous les droits subordonnés à son décès exercés; donc, provisoirement et sauf preuve contraire, c'est contre l'envoyé que la prescription sera réputée courir. C'est lui, en effet, qui jouit, quant à présent; c'est lui qu'on veut dépouiller. Si donc cet envoyé est un mineur ou un interdit, la prescription sera suspendue, mais sauf à dire la suspension non avenue, s'il est prouvé plus tard que l'absent vivait, et que c'est contre lui qu'a couru la prescription (1).

(1) *Conf.* Merlin, Delvincourt, Valette (I, p. 289); Zachariæ (I, p. 305); Demolombe (II, 139); Aubry et Rau (4e édit., I, § 153, p. 611); Cass., 10 nov. 1824.
Contrà : Duranton (I, 295); Cass., 21 ventôse an 11; Rennes, 13 mars 1862; Metz, 10 août 1864 (Dev., 62, 2, 193; *J. Pal.*, 1862, 934; 1865, 339).

SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT.

459. Les quatre articles de cette section ne s'appliquent pas seulement au cas d'absence proprement dite, c'est-à-dire d'absence déclarée, mais aussi au cas d'absence présumée. Ce sont là, du reste, comme on va le voir, des principes généraux, que le législateur a proclamés ici, parce que l'occasion se présentait de le faire, mais qui auraient pu être placés tout aussi bien au titre des *Successions,* par exemple, ou des *Donations,* ou des *Obligations*.

135. — Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande.

SOMMAIRE.

I. L'article s'applique pendant la présomption comme pendant la déclaration d'absence. — Renvoi pour la non-présence.

II. Il n'entend parler que de droits *éventuels*. — Droit éventuel est synonyme de droit conditionnel.

III. Il ne parle pas même de tous les droits éventuels; mais seulement de ceux soumis à la condition que *l'ayant droit existera lors de l'ouverture de ce droit.*

IV. L'article, définitivement, ne fait que poser un principe de droit commun. — Comment cet article devait être rédigé.

I. — 460. Cet article et l'article suivant, qui n'en est qu'une conséquence de détail, se servent, et à dessein, des expressions les plus larges. Ils nous parlent d'un individu *dont l'existence n'est pas reconnue;* ce qui nous prouve, comme nous l'avons dit sous la rubrique de la section, et comme on le comprendra mieux par l'explication de ces articles, qu'il ne s'agit pas seulement du cas d'absence proprement dite, mais aussi de la présomption d'absence; en sorte qu'ici, par cela seul qu'il y aura *incertitude* sur l'existence, l'individu sera réputé mort et l'on agira comme s'il était certain qu'il n'existe pas.

Quant au point de savoir si ces articles s'appliqueraient également au cas de simple non-présence, c'est une question que nous n'examinerons qu'à la fin de l'article suivant, n° IV.

II. — 461. Les droits qu'un individu peut avoir à exercer sont ou certains, ou seulement éventuels. Notre art. 135 ne s'occupe, comme l'indique l'intitulé de la section, que de droits éventuels, et non pas de tous, mais seulement de ceux d'une certaine espèce, comme nous allons le voir.

Un droit certain est celui *que l'on est sûr* de pouvoir exercer, soit dès à présent, soit plus tard, ou par soi-même, ou par ses représentants. Un droit éventuel est celui qui ne donne, quant à présent, qu'une espérance, et dont la réalisation dépend d'un événement futur et incertain.

Ainsi Paul me doit 10000 francs qu'il s'est obligé à me payer dans

quatre ans. J'ai là un droit que je ne puis pas exercer de suite, mais qui n'en est pas moins certain, et qui, quoi qu'il arrive, sera exercé dans quatre ans contre Paul ou ses représentants. En effet, par la nature même des choses et par l'effet de la volonté tacite, mais certaine, des parties, les effets des conventions continuent, en cas de mort des contractants, pour ou contre les héritiers de ces contractants, à moins, bien entendu, que le contraire n'ait été formellement stipulé, ou ne résulte de la nature même de la convention. Ainsi, par exemple, un médecin s'oblige, moyennant une somme que je dois lui payer par chaque année, à me soigner habituellement, moi et tous les gens de ma maison; il est bien clair que, s'il vient à mourir, cette obligation ne passera pas à son héritier, qui peut-être est un peintre. Mais, en règle générale, et sauf exception résultant soit de la nature du contrat, soit d'une clause expresse, on stipule pour soi et ses héritiers. C'est ce que dit formellement l'art. 1122.

Au contraire, dans les legs, par exemple, le droit du légataire est soumis à l'arrivée de trois événements : 1° la mort du testateur (art. 895); 2° la non-révocation du legs (art. 1035); 3° l'existence du légataire au moment où le testateur mourra (art. 1039). Or, si le premier de ces événements est certain (car il est sûr que le testateur mourra à une époque quelconque), il n'en est pas de même des deux autres; il n'est pas certain que le testateur ne révoquera pas le legs; il n'est pas certain non plus que le légataire survivra au testateur. Le légataire n'a donc qu'un droit éventuel, une simple espérance. Ainsi encore, je m'oblige à vous payer 10000 francs dans quatre ans, si avant cette époque mon frère revient des Indes. L'exercice de votre droit est soumis à deux événements, dont l'un, l'échéance des quatre années, se réalisera infailliblement, mais dont le second, le retour de mon frère, pendant ces quatre années, est tout à fait incertain. Vous n'avez donc là qu'un droit éventuel.

Un droit éventuel, avons-nous dit, est celui qui dépend d'un événement futur et incertain. Or, cet événement futur et incertain, dont dépend l'effet d'une obligation ou d'une disposition quelconque, est précisément ce qu'on nomme en droit *une condition* (art. 1168). Les expressions *droit éventuel, éventualité, espérance,* sont donc synonymes de *droit conditionnel.*

III. — 462. Comme on le conçoit, on peut apposer à une convention, à une disposition quelconque, une foule de conditions diverses, dans le détail desquelles il serait impossible, et inutile d'ailleurs, d'entrer. Mais il en est d'une espèce à laquelle nous devons nous arrêter ici; ce sont celles qui consistent à dire que le droit ne pourra être exercé que si celui à qui on le donne existe encore au moment où ce droit s'ouvrira. Dans ce cas, si l'individu meurt avant l'ouverture du droit, il est de suite certain que la condition ne peut plus s'accomplir, et alors le droit, ou plutôt l'espérance s'évanouit, non pas seulement pour l'individu, parce qu'il est mort, mais aussi pour ses héritiers. Ainsi, je m'oblige à payer à Titus, en 1850, une somme de 12000 fr.,

si à cette époque il existe encore; il est clair que si Titus meurt en 1848, je ne devrai rien, ni à lui, ni à ses héritiers.

Souvent cette condition pourra, sans clause expresse, résulter de la nature de la convention. Ainsi, je vous achète une maison moyennant une somme de 10000 francs, payable en quatre payements égaux d'année en année; puis ensuite, à partir du premier payement, je devrai vous fournir une rente viagère de 2000 francs. Eh bien! une rente viagère n'étant due que pendant la vie, il est clair que si vous mourez dans deux ans, après le deuxième payement fait, je devrai bien à vos héritiers les 5000 francs qui resteront encore à payer, mais je ne leur devrai pas la rente.

Cette condition peut résulter encore, sans aucune convention, soit de la volonté tacite du disposant, soit des règles établies par la loi. Ainsi, le legs est toujours fait sous la condition que le légataire existera encore quand le legs s'ouvrira par la mort du testateur; si donc ce légataire meurt le premier, il ne transmettra rien à ses héritiers. L'héritier présomptif d'un individu ne peut recueillir sa succession que s'il existe encore, quand elle s'ouvrira par la mort de cet individu; s'il meurt auparavant, l'espérance qu'il avait n'est pas transmise à ses représentants, elle est complétement évanouie.

Or, c'est seulement des droits éventuels de cette espèce, de ceux dont la condition est que *l'ayant droit existera quand s'ouvrira le droit*, que notre article s'occupe.

IV. — 463. Maintenant il est de principe, en droit comme en raison, que celui qui élève une prétention doit prouver qu'elle est fondée, s'il veut la faire triompher; que celui qui réclame un droit doit établir que ce droit lui appartient : *Incumbit onus probandi illi qui agit*. Dès lors, celui qui prétend exercer un droit conditionnel, doit prouver l'accomplissement de la condition à laquelle ce droit était subordonné.

Si donc la condition apposée était, comme dans le cas du numéro précédent, l'existence de l'ayant droit au moment où ce droit s'ouvrirait, la demande ne triomphera qu'autant qu'il sera prouvé que cet individu vivait encore à cette époque. Si c'est l'individu en personne qui vient former la demande, lui-même sera la preuve vivante du fait. Mais si aujourd'hui il est mort ou absent, soit déclaré, soit seulement présumé; en un mot, si ce n'est pas lui-même qui agit, mais un représentant, ce sera le cas de demander la preuve que le représenté vivait encore, quand le droit s'est ouvert à son profit; jusque-là, en effet, il n'est pas établi que l'événement qui devait réaliser son droit soit accompli. Eh bien! c'est là, ni plus ni moins, ce que veut notre art. 135, qui serait plus clairement rédigé en ces termes : « Lorsqu'un droit, qui ne compétait à une personne que sous la condition qu'elle existerait encore lors de son ouverture, sera réclamé par un représentant de cette personne, ce représentant ne pourra l'exercer qu'en prouvant qu'à cette époque de l'ouverture la personne vivait encore. » (1)

(1) Jugé que le débiteur d'un absent dont la créance est subordonnée à l'existence

Comme on le voit, cet article ne fait que poser un principe de droit commun, auquel le raisonnement seul conduirait, quand même il ne serait pas écrit dans la loi.

136. — S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

SOMMAIRE.

I. Cet article n'est que l'application du précédent, faite au cas particulier de succession. — On agit absolument comme si l'héritier, dont on ne prouve pas l'existence, était mort.
II. Si l'héritier dont l'existence n'est pas reconnue, laisse des descendants, ceux-ci viendront par représentation. Erreur de Proudhon.
III. Ceux qui recueillent, en vertu de cet article, ne viennent pas comme simples envoyés en possession, mais bien comme propriétaires. On ne peut exiger d'eux aucune mesure conservatoire, et ils peuvent disposer des biens; mais sauf résolution possible plus tard.
IV. La simple non-présence ne suffirait pas pour appliquer nos articles : il faut l'incertitude sur l'existence.

I. 464. — D'après les termes de notre article, quand celui auquel une succession échoit, pour partie ou pour le tout, ne donne pas preuve de vie, cette succession est dévolue tout entière à ceux qui étaient appelés avec lui, ou bien, s'il était seul appelé, à ceux du degré subséquent. C'est-à-dire que la loi fait abstraction de cet individu et dispose comme s'il était mort. Ainsi, un père meurt, trois enfants sont appelés à sa succession, mais l'existence de l'aîné n'est pas reconnue : les deux autres prendront toute la succession, c'est-à-dire qu'ils feront ce qu'ils feraient *si leur frère était mort*. De même, un individu meurt laissant pour parents un neveu et un cousin; le neveu prendrait tout s'il était là ; mais il y a des doutes sur son existence; que fera-t-on, d'après notre article ? La succession sera prise par le cousin, c'est-à-dire que tout se passera encore *comme si le neveu était mort*.

Notre article est donc l'équivalent de cette proposition : « Quand une succession sera échue à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, on appellera à cette succession ceux qui la recueilleraient si cet individu était mort. » C'est la conséquence de ce que nous avons dit sous l'article précédent, au n° II, que toutes les fois qu'il s'agit d'un droit qui ne devait compéter à un individu que sous la condition de son existence au moment de l'ouverture du droit, et qu'à ce moment de l'ouverture l'existence de l'individu ne sera pas prouvée, on agira comme si l'individu était mort d'une manière certaine.

Il est bien entendu, au reste, qu'on n'en agit ainsi que sauf, pour l'ayant droit ou son représentant, la faculté de venir plus tard constater

---

de cet absent, est tenu de prouver le décès de celui-ci, d'où dépend sa libération : il ne peut rejeter cette preuve sur les représentants de l'absent. Orléans, 22 nov. 1850 (Dev., 51, 2, 553; *J. Pal.*, 53, 1, 248). — Voy. aussi Lyon, 20 août 1869 (Dev., 70, 2, 124); Cass., 14 août 1871 (Dev., 71, 1, 101).

qu'il existait au moment voulu, et reprendre les biens à ceux qui les auront ainsi recueillis. C'est ce que le législateur va nous dire dans l'article suivant.

II. — 465. D'après les art. 739 et 740, lorsqu'un individu meurt laissant, par exemple, un fils et un petit-fils, enfant d'un autre fils prédécédé, ce petit-fils est mis, par la loi, dans la place et dans le degré de son père, et vient exercer les droits que celui-ci exercerait s'il vivait encore : c'est, pour ainsi dire, le père lui-même qui revit en la personne de son fils, par l'effet d'une fiction légale connue sous le nom de *représentation*. On conçoit, dès à présent, qu'on ne peut venir ainsi remplir un degré qu'autant que ce degré est vacant par la mort de celui qui l'occupait ; d'où il suit qu'on ne peut pas *représenter* les personnes vivantes. C'est, en effet, ce que dit l'art. 744.

Cela entendu, supposons que de deux enfants, frère et sœur, *Secundus* et *Secunda*, ayant encore leur père *Primus*, la sœur a disparu, laissant pour héritier présomptif un enfant, et qu'ensuite le père vienne à mourir. Le petit-fils, enfant de *Secunda* absente, pourra-t-il arriver à la succession de *Primus,* son aïeul, avec *Secundus,* son oncle? On a soutenu la négative, et l'on a dit que l'oncle pourrait l'écarter en lui disant : « Vous ne pouvez pas venir à la succession de votre chef, et en prétendant qu'une moitié de cette succession a été recueillie et à vous transmise par votre mère ; car vous ne prouvez pas que votre mère existait, lors de l'ouverture. Vous ne pouvez pas venir, non plus, par représentation, car on ne représente que les personnes défuntes, et vous ne prouvez pas que votre mère fût morte, quand la succession s'est ouverte. C'est donc moi seul, quant à présent, qui ai droit de recueillir la succession tout entière. »

Une telle argumentation n'est pas soutenable, et l'on ne la croirait pas sérieuse, si elle n'avait été faite par de graves auteurs, notamment Locré (art. 744) et Proudhon (II, p. 192). C'est un pur sophisme, auquel le neveu répondrait victorieusement en ces termes : « Il est parfaitement prouvé, ou plutôt il est bien certain, sans qu'il soit besoin de preuve, que ma mère était ou vivante ou morte. Or, si elle était vivante, une moitié de la succession lui a été acquise et appartient aujourd'hui ou à elle, si elle vit encore, ou à moi, si elle est morte ; que si elle était morte lors de l'ouverture, alors il n'y a pas d'obstacle à ce que je la représente, et cette moitié n'appartient pas encore à vous, mais à moi. Ainsi, qu'elle fût morte ou vivante (et c'est nécessairement l'un ou l'autre), il y a une moitié de la succession qui ne vous appartient pas et ne peut jamais vous appartenir ; vous ne pouvez donc pas la prendre. »

Maintenant que nous avons répondu au sophisme de l'oncle et prouvé qu'il ne peut prendre que la moitié de la succession, voyons à qui l'autre moitié appartiendra.

Nous avons vu, au numéro précédent, que, quand une succession échoit à un individu dont l'existence est douteuse, notre article veut qu'on agisse, sauf événement postérieur, comme si cet individu était

mort. Eh bien! dans notre espèce, que ferait-on si l'absente *Secunda* était morte? Son fils viendrait par représentation et concourrait avec son oncle *Secundus*. Donc, ce fils viendra effectivement par représentation, sans qu'on puisse lui opposer l'art. 744, qui ne permet de représenter que des morts, puisque c'est la loi elle-même qui, jusqu'à preuve contraire, répute ici l'individu mort et veut qu'on agisse, quant à présent, comme s'il était certain qu'il l'est.

Proudhon appuie enfin son système sur une raison dernière qu'il nous faut encore réfuter. L'oncle, d'après lui, pourrait dire au neveu : « Vous ne prouvez pas que votre mère soit morte; peut-être est-elle vivante et a-t-elle renoncé, et alors la succession m'appartient en entier. » Proudhon n'a pas aperçu que cette prétention tomberait devant cette réponse bien simple, que la renonciation à une succession doit être *prouvée* par celui qui l'invoque et ne peut pas *se présumer*, comme le dit en toutes lettres l'art. 784. Cet article, d'ailleurs, ne fait en cela qu'appliquer ce principe de droit commun, que c'est à celui qui argumente d'un fait de prouver le fait qu'il affirme, et non à celui qui le nie de prouver le contraire : *Incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat*.

Ce système étrange, soutenu par un homme tel que Proudhon, est à coup sûr une grande preuve de la faiblesse de l'intelligence humaine. La vérité, en effet, n'était pas difficile à découvrir. L'absent n'est ni prouvé mort ni prouvé vivant; mais il est évident que la loi, pour établir une disposition, devait prendre un point de départ quelconque; elle ne pouvait pas déclarer qu'elle le supposait être *ni mort ni vivant*. Il fallait bien s'arrêter à un parti, faire une supposition et dire : *On agira comme s'il était vivant, sauf preuve postérieure de sa mort;* ou bien : *On agira comme s'il était mort, sauf preuve postérieure de son existence*. C'est, comme on l'a vu, à ce dernier parti que la loi s'est arrêtée. Les art. 135 et 136 se résument à dire : *On agira comme s'il était certain que l'absent est mort;* puis l'art. 137 apporte la restriction : *sauf preuve acquise postérieurement de son existence*. Or, du moment que l'héritier dont l'existence n'est pas reconnue est légalement supposé mort, ses descendants peuvent donc venir à sa place, par représentation (1).

III. — 466. Lorsqu'un absent, déclaré ou présumé, est ainsi exclu d'une succession qui s'ouvre pendant son absence, il est clair que ceux qui la recueillent à sa place ne sont pas de simples envoyés en possession; ils prennent les biens en qualité de propriétaires et en vertu des principes généraux, comme étant les plus proches héritiers connus et les seuls ayants droit, quant à présent. Il suit de là qu'ils ne seront soumis à aucune formalité conservatoire tendant à assurer à l'absent la restitution d'un droit qui n'est pas prouvé lui appartenir. Ainsi, on ne pourrait

(1) Merlin (*Rép.*, v° Abs., n° 6); Delvincourt, Duranton (I, 567); Demante (*Encycl.*, v° Abs.); Vazeille (art. 744); de Moly (n° 640); Talandier (p. 254); Zachariæ (I, p. 313); Demolombe (II, 209); Aubry et Rau (4e édit., I, § 158, note 3, p. 630); Paris, 27 janv. 1812; Limoges, 11 mars 1823; Rej., 10 nov. 1824.

leur appliquer ni l'art. 819, qui ordonne par son deuxième alinéa que, dans le cas où tous les héritiers ne sont pas présents, les scellés soient apposés ; ni l'art. 126, qui prescrit l'inventaire des meubles de l'absent; ni les art. 120 et 123, qui exigent caution des divers envoyés en possession (1). On ne pourrait pas leur appliquer non plus l'art. 128, qui défend aux envoyés d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de l'absent. Les héritiers auraient ici, du moins en apparence, capacité pour aliéner et hypothéquer, sauf, cependant, résolution de l'aliénation ou de l'hypothèque, s'il était prouvé plus tard que l'absent existait encore, lors de l'ouverture de la succession, et que les propriétaires apparents des biens n'en étaient pas les propriétaires réels; mais tant que cette preuve ne sera pas faite, les héritiers qui recueillent la succession peuvent en disposer comme propriétaires (2).

Nous retrouverons, dans les art. 137 et 138, des conséquences de cette différence entre le titre de ceux qui viennent, à défaut de l'absent, exercer un droit, soit en vertu de notre article, soit en vertu de l'art. 135, et le titre de simple envoyé en possession.

IV. — 467. Nous avons fait remarquer, dès le commencement de ce titre, la différence qui existe, dans le langage de la loi, entre un individu *absent* et celui qui n'est que *non-présent*. Le non-présent est celui qui ne se trouve pas actuellement à son domicile ou à sa résidence, mais sur l'existence duquel on n'a aucun doute; tandis que l'absent est celui sur l'existence duquel il y a une complète incertitude. Eh bien ! nos art. 135 et 136, qui s'appliquent indubitablement à l'absent présumé aussi bien qu'à l'absent déclaré, s'appliqueraient-ils également à celui qui n'est que non-présent?

Non; il faut, pour l'application de ces articles, qu'il y ait incertitude sur l'existence, c'est-à-dire absence présumée, au moins. L'idée du législateur n'a pu être que si un individu s'en allait faire un voyage de quelques mois pour ses affaires, et que pendant ce temps il fût appelé à une succession, des cohéritiers avides pussent s'en emparer aussitôt, sous le prétexte *qu'ils ne reconnaissent pas son existence.* L'idée du législateur n'a pas pu être qu'un homme, à qui l'on ne peut reprocher aucune négligence, pût, à son retour d'un voyage, quelquefois fort court, se trouver dépouillé d'une partie de sa fortune (on sait, en effet, que, par l'application de l'art. 2279, le véritable héritier n'aurait aucun recours à exercer contre des acquéreurs de meubles; en outre, il perdrait tous les fruits, d'après l'art. 138). Si la pensée du législateur n'avait pas été que nos articles ne s'appliqueraient que dans le cas de doutes sérieux sur l'existence, pourquoi donc aurait-il choisi le titre de l'*Absence,* pour y écrire ces dispositions?... Qu'on y réfléchisse, et l'on trouvera toute une démonstration dans cette seule circonstance.

---

(1) Demolombe (II, 213); Aubry et Rau (I, § 161, note 3).

(2) Merlin (n° 4); Toullier (n° 480); de Moly (p. 389); Demante (n° 54); Zachariæ (I, p. 314, n° 5); Plasman (p. 68); Demolombe (II, 210 à 213); Bordeaux, 16 mai 1832; Amiens, 12 déc. 1838 (Dev., 32, 2, 432; Dall., 39, 2, 38); Bourges, 17 janv. 1872 (Dev., 72, 2, 134).

D'ailleurs, quand il s'agit ainsi de simple non-présence, on ne peut pas dire sérieusement que l'existence de l'individu *n'est pas reconnue*, puisque cet individu est notoirement vivant. On n'est, alors, ni dans l'esprit ni dans les termes de nos articles.

Que si la non-présence se prolonge et prend un caractère étrange, si, par exemple, l'individu ne répond pas aux lettres qu'on lui écrit, alors, à la vérité, nos articles pourront s'appliquer; mais alors, précisément, il commence à y avoir incertitude et, par conséquent, présomption d'absence.

137. — Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayants cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.

SOMMAIRE.

I. Si, avant la prescription accomplie, il est prouvé que l'absent existait à l'ouverture du droit que d'autres ont exercé, en vertu des articles précédents, cet absent, ses représentants ou ayants cause, reprendront l'exercice de ce droit.
II. Notre article se réfère, par ses termes mêmes, et au cas particulier de l'art. 136 et à la règle générale de l'art. 135.
III. La faculté, pour ceux qui ont recueilli les droits de l'absent, de prescrire contre lui, n'est que l'application du droit commun. — Renvoi à l'art. 134.
IV. Si les biens appartenant à l'absent, et recueillis par l'héritier apparent, ont été aliénés par celui-ci, cet absent ou ses représentants peuvent-ils, tant qu'il n'y a pas prescription, faire annuler l'aliénation? — Controverse. — Solution affirmative. — Réponse aux objections.
V. Différence entre la pétition d'hérédité et la revendication ordinaire. — Temps requis pour la prescription de l'une et de l'autre.
VI. Quand l'absent est l'un de plusieurs héritiers, et qu'à son retour il trouve un de ses cohéritiers insolvables, c'est l'absent seul, et non les autres cohéritiers avec lui, qui perd la part que l'insolvable devait lui restituer. — Dissentiment avec M. Duranton.

I. — 468. Lorsque, dans les art. 135 et 136, on refuse à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, l'exercice de droits qui, peut-être, lui appartiennent, puisqu'il existe peut-être, ce n'est pas pour le dépouiller irrévocablement de ces droits. Si donc, avant qu'il y ait prescription accomplie, cet individu se représente, ou si ses représentants ou ayants cause prouvent qu'il existe encore, ou qu'il existait quand les droits se sont ouverts, rien ne s'oppose plus à ce que ces droits soient exercés, soit par lui, soit par ses représentants ou ayants cause.

469. Par *représentants* d'un individu, on entend spécialement ceux qui ont succédé à ses droits et à sa personne, c'est-à-dire des héritiers; par *ayants cause* on désigne plus particulièrement ceux qui peuvent exercer un ou plusieurs de ces droits, sans être ses héritiers; des donataires, des légataires, des créanciers, en vertu de l'art. 1166. Mais on emploie souvent indistinctement et l'une pour l'autre, ces expressions de *représentants* et d'*ayants cause*.

II. — 470. Dans notre article, les mots *action en pétition d'hérédité* se réfèrent à l'article précédent, qui ne s'occupe que des *successions*

échues à l'absent; ceux en *pétition d'autres droits* sont relatifs à la disposition plus large de l'art. 135, qui pose le principe général pour *tous les droits* quelconques, subordonnés à la condition de l'existence de l'individu. C'est parce que notre article se rapporte et à la disposition particulière de l'art. 136, et à la disposition générale de l'art. 135, qu'il nous dit, sans rien préciser, que ces actions s'éteindront par le *laps de temps établi pour la prescription.*

Ce laps de temps est de trente ans pour la pétition d'hérédité; mais, comme on le verra au titre de la *Prescription,* il y a des actions qui se prescrivent par un temps beaucoup plus court.

III. — 471. Nous avons indiqué, au n° III de l'article précédent, la différence qui existe entre le titre de ceux qui se sont fait envoyer en possession des biens de l'absent, et celui en vertu duquel les individus auraient, d'après les art. 135 et 136, pris des biens, ou exercé des droits, qui se trouvent plus tard avoir été ceux de l'absent; notre art. 137 nous offre un résultat de cette différence.

Les envoyés en possession, n'étant que les représentants et les mandataires de l'absent, ne peuvent, comme nous l'avons vu sur l'art. 128, prescrire les biens en possession desquels ils sont mis; au contraire, ceux qui détiennent, en vertu du principe de l'art. 135, des biens qui plus tard se trouvent avoir été ceux de l'absent, parce qu'il est prouvé qu'il vivait encore à l'époque où ils lui sont échus, pourront très-bien les acquérir par prescription, comme le dit notre article. C'est là, du reste, une disposition de droit commun; il est clair qu'ils peuvent prescrire, puisqu'ils possèdent à titre de propriétaires.

Notre article, au surplus, offre en cela la preuve de ce que nous avons dit, sous l'art. 134, que l'absence n'est nullement une cause de suspension de la prescription.

IV. — 472. C'est une question qui partage depuis longtemps les jurisconsultes, que celle de savoir si, alors que les biens de l'absent ont été aliénés par l'héritier apparent, cet absent ou ses héritiers ou ayants cause peuvent, en se représentant avant la prescription accomplie, agir contre l'acquéreur pour revendiquer ses biens.

Nous ne résumerons point ici les interminables dissertations qui ont été faites sur cette question, nous n'irons point nous perdre dans le dédale des lois romaines qui ont été invoquées, soit pour l'affirmative, soit pour la négative, lois dont l'obscurité est quelquefois telle, qu'elles n'ont pu être comprises par les meilleurs interprètes. Ces lois, d'ailleurs, n'ont rien à faire dans la question; car ce n'est point tel sénatus-consulte d'Adrien, ni d'autres textes inintelligibles du Digeste, que nos tribunaux français sont chargés d'appliquer, alors qu'ils ont les principes clairs et précis de notre Code civil.

Nous déciderons la question *en deux mots,* en invoquant des principes qui nous ont toujours paru incontestables et qu'on ne peut refuser d'admettre, sans se jeter dans le plus complet arbitraire.

C'est, en effet, un principe incontestable en logique comme en droit, qu'on ne peut transférer à autrui des droits qu'on n'a pas soi-même :

Nemo dat quod non habet; les art. 1599 et 2182 ne font que proclamer des idées que le seul bon sens indique, quand ils disent, le premier, que la vente de la chose d'autrui est nulle, et le second, que le vendeur ne peut transmettre à l'acquéreur que les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue. Or, l'héritier apparent n'était pas propriétaire; l'erreur ne saurait engendrer la vérité, et votre opinion, aussi consciencieuse que possible, que telle chose est, ne fait pas que cette chose soit. La propriété des biens est toujours restée à l'absent; or, la revendication est la conséquence de la propriété.

Sans doute, s'il avait plu au législateur de déroger à ce principe, pour ce cas, il l'aurait pu, car il est tout-puissant. Mais l'a-t-il fait?... Jusqu'à ce qu'on nous cite un article du Code qui déroge, pour le cas dont il s'agit, à un principe aussi énergique que celui sur lequel nous nous appuyons, nous dirons sans hésiter que l'absent, ses représentants ou ayants cause peuvent agir contre tous détenteurs de leurs biens, pour les revendiquer, à moins, bien entendu, que ces détenteurs n'en aient acquis la propriété par prescription.

La question ainsi décidée (*car c'est là qu'est la solution*), réfutons maintenant, aussi brièvement que possible, les divers arguments que l'on fait valoir pour le sentiment contraire. Ces arguments sont tirés, d'abord, des art. 132, 790, 1240, 1380, 1935, 2005, 2008 et 2009; puis, ensuite, de considérations que l'on présente dans l'intérêt des acquéreurs de bonne foi (1).

473. 1° Dans l'art. 132, dit-on, le législateur, vu la longue absence du propriétaire, permet aux possesseurs de leurs biens d'en disposer valablement; et si l'absent revient, il ne pourra plus reprendre que ce qui restera entre les mains de l'envoyé. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans les cas prévus par nos art. 135 et 136?

La réponse est facile : alors même que le cas qui nous occupe serait semblable à celui sur lequel statue l'art. 132, il n'y aurait pas encore lieu d'admettre ici la doctrine que nous combattons. Est-ce donc parce que l'art. 132 apporte une exception au principe d'après lequel l'aliénation faite par le propriétaire apparent est nulle, quand le propriétaire réel vient la critiquer, qu'on sera fondé à dire que ce principe lui-même doit disparaître ou subir également exception dans tel ou tel autre cas, malgré le silence de la loi? Il est clair que non; il est clair que, quand un principe est reconnu comme tel, il doit s'appliquer à tous les cas qu'une exception spéciale ne soustrait pas à sa puissance. Il est étonnant qu'on soit si souvent obligé de répéter cette vérité si simple : *Exceptio firmat regulam.*

Mais il y a plus : il n'existe aucune parité entre le cas de l'art. 132 et celui qui nous occupe. Dans l'art. 132, il s'est écoulé déjà trente-cinq années, depuis le départ ou les dernières nouvelles de l'absent; c'est-à-dire *plus de temps qu'il n'en faudrait au premier venu pour*

(1) Voy. Merlin (*Quest.*, v° Hérit.), Malpel (n° 211); Carette (Dev., 1836, 2, 203); Zachariæ (IV, p. 308 et suiv.); Demolombe (II, n°s 243-250).

prescrire la propriété des biens de cet absent! Qu'alors la loi, pour ne pas laisser indéfiniment la propriété dans l'incertitude, donne au possesseur capacité pour aliéner irrévocablement, on ne s'en étonne pas. Mais ici, il s'agit d'un héritier qui revient peut-être après deux ans, un an, six mois d'éloignement, et, de ce que le législateur confirme formellement l'aliénation dans le premier cas, sur les présomptions les plus fortes de la mort de l'individu, on en conclurait que, dans notre espèce aussi, même sans aucun texte de loi qui le dise, la même faculté existera! La logique la plus relâchée n'admettrait pas une telle conclusion.

2° On invoque ensuite l'art. 790, d'après lequel l'héritier inconnu d'abord, qui vient réclamer une succession à lui échue et jusque-là réputée vacante, doit respecter les droits acquis à des tiers, en vertu d'actes valablement faits avec le curateur nommé à cette succession. Nous n'avons jamais compris quel parti on peut tirer de cet article.

Lorsque, après les trois mois et quarante jours, depuis l'ouverture d'une succession (délai accordé à l'héritier, par l'art. 795, pour faire l'inventaire de cette succession et délibérer sur le point de savoir s'il doit l'accepter ou la répudier, personne ne s'est présenté pour réclamer la succession; qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus ont renoncé, la succession est réputée vacante (art. 811). En conséquence, le tribunal nomme un curateur pour administrer cette succession (art. 812 et 813), et tous les actes faits par ce curateur, dans les limites de ses pouvoirs, devront être respectés par l'héritier qui viendrait à se présenter plus tard... Or, en quoi, nous le demandons, cette disposition se trouve-t-elle en opposition avec cette doctrine?... Le curateur est ici le mandataire légal de l'héritier, au nom et pour le compte duquel il est chargé d'administrer. Tout ce qu'il a fait, c'est l'héritier qui est censé l'avoir fait; tous les droits actifs et passifs de la succession sont poursuivis par ou contre le curateur, toujours pour l'héritier, à qui ce curateur rendra compte de sa gestion, quand il se présentera. Aussi n'est-ce pas le curateur qui gardera les deniers; ils seront par lui versés à la caisse publique (art. 813). L'héritier apparent, au contraire, est, par la nature même des choses, l'adversaire de l'héritier réel, contre lequel il prescrit chaque jour les biens qu'il détient; loin de le représenter et de défendre son droit, il le détruit. Et l'on prétendrait argumenter d'un cas à l'autre!!!

3° On invoque ensuite l'art. 1240; et ici, si l'argument n'a aucune force réelle, il offre du moins quelque chose de spécieux.

Cet art. 1240 déclare valable et inattaquable pour le créancier réel, le payement fait par un débiteur au créancier apparent, c'est-à-dire à celui que l'on croyait vraiment créancier, parce qu'il était en possession de la créance. Ainsi, en 1830, un individu meurt laissant, pour unique héritier connu, un neveu qui prend sa succession. Dans cette succession se trouve une créance sur Titus, de 10 000 francs payables en janvier 1832. Lors de l'échéance, l'héritier alors en possession du titre demande à Titus le payement des 10000 francs. Celui-ci les

paye, puis en 1833, un fils du défunt, qu'on avait cru mort, se présente et reprend la succession laissée par son père. Il est donc prouvé, par l'événement, que lui seul était propriétaire de la créance; et, si l'on appliquait les principes, il faudrait dire que Titus, ayant payé au non-propriétaire, n'est pas libéré et reste débiteur des 10000 francs vis-à-vis de l'héritier réel. Or, l'art. 1240 porte une disposition contraire et déclare que le payement restera valable. Donc, nous dit-on, le législateur n'a pas admis le principe que vous soutenez.

Ici, comme on le voit, l'argument va du moins à la question; mais il est certes facile de le réfuter. Et d'abord, nous répéterons ici ce que nous avons déjà dit, et ce qu'on ne devrait pas oublier, que, quand même nous ne verrions pas une raison de différence entre le cas particulier de cet article et les circonstances diverses dans lesquelles il peut s'agir d'appliquer le principe sacré que nous défendons, *une exception apportée à un principe ne détruit pas ce principe, mais, au contraire le confirme*, et que les exceptions ne doivent être appliquées qu'aux circonstances pour lesquelles elles sont écrites... Mais la raison de cette exception, la raison de cette différence entre le cas de l'art. 1240 et les cas ordinaires, elle est saillante, et nous nous étonnons que quelqu'un ait pu ne pas l'apercevoir.

Lorsqu'un héritier apparent vient me proposer de me vendre une maison appartenant à la succession qu'il détient, je suis parfaitement libre de ne pas la lui acheter; lorsqu'il me demande 50000 francs à emprunter, en m'offrant hypothèque sur telle ferme dépendant aussi de cette succession, je suis encore libre de ne pas les lui prêter. Mais, lorsqu'il vient me demander le payement des 10000 francs que je devais au défunt, suis-je libre de ne pas les lui payer?... Non; et, si je refusais, il me poursuivrait et obtiendrait condamnation; en sorte que je serais contraint de faire, avec des frais qui resteraient à ma charge, ce que je n'aurais pas voulu faire de bon gré. Je ne pourrais pas même lui dire que je consens à le payer, moyennant qu'il me fournisse caution, ou pourvu que l'argent, au lieu d'être versé entre ses mains, soit mis à la Caisse des dépôts. Il me répondrait qu'il n'est pas un envoyé en possession, mais qu'il est propriétaire (art. 136, n° IV). Ainsi, j'aurais été obligé de le payer, et puis, en cas de retour de l'héritier réel, je me serais vu contraint, si l'exception de l'art. 1240 n'existait pas, de payer encore à cet héritier réel, sauf mon recours contre le premier, qui pourrait être devenu insolvable. La loi ne pouvait pas mettre un débiteur dans une pareille position. *Puisqu'il fallait* que quelqu'un fût exposé à une perte, ce devait être celui qui n'est pas là pour exercer ses droits, l'héritier réel absent. Comme on le voit, l'équité *exigeait* ici rigoureusement une exception au principe, la loi l'a donnée; mais ce n'est pas à dire, évidemment, que le principe disparaît et qu'il faudra appliquer à tous les cas possibles ce que la loi a dit et devait dire pour ce cas spécial.

4° Il en faut dire autant des art. 1380 et 2005, 2008 et 2009.

Dans le premier, le Code déclare que, si la chose que nous avions,

vous livrée, moi reçue en payement, croyant l'un et l'autre que vous me la deviez, tandis que vous ne me la deviez pas, est par moi vendue à un tiers, vous ne pourrez pas faire annuler la vente, mais seulement me demander, à moi, le prix de la chose. C'est encore là une exception au principe que le propriétaire seul peut aliéner ; elle était d'autant plus rationnelle, qu'ici le propriétaire ne peut pas se plaindre, puisque l'erreur est son propre fait, et que c'est lui-même qui est cause de ce qui s'est passé.

Dans les art. 2005, 2008 et 2009, la loi déclare valables les traités que les tiers ont passé avec un mandataire, postérieurement à une révocation de mandat que le mandant ne leur avait pas fait connaître. Il y a donc, ici encore, exception à notre principe, et cette exception était impérieusement demandée par les circonstances. C'est au mandant de faire connaître la révocation de son mandat ; lui seul est en faute de ne l'avoir pas fait, et ceux qui ont contracté, sur la foi de ce mandat, ne doivent pas souffrir de sa négligence.

Quand nos adversaires multiplieraient à l'infini ces citations, cela ne prouverait absolument rien ; leur argument reviendra toujours à ceci : Le Code fait exception dans plusieurs cas au principe que le propriétaire seul aliène valablement ; donc il faut y faire exception dans le cas d'aliénation faite par un héritier apparent. Mais il n'est pas permis de raisonner ainsi. Nous avons vu que, dans les circonstances prévues par les art. 132, 1380 et 2005, il y avait d'impérieux motifs d'exception ; et, quand même il n'y en aurait pas, n'est-il pas de toute raison que, quand un principe existe, ce principe embrasse tout ce qu'une exception spéciale n'en fait pas sortir? Multipliez donc l'indication d'exceptions apportées par la loi au principe que nous discutons, et vous ne ferez que prouver de plus en plus qu'il n'y a point eu là oubli du législateur ; qu'il a su protéger la bonne foi des tiers, même au delà de toutes les règles, quand il a cru devoir le faire ; vous rendrez de plus en plus forte contre vous cette vérité rappelée plus haut, *exceptio firmat regulam*.

Quant à l'art. 1935, il ne va pas plus à la question que l'art. 790, moins encore. Il s'y agit d'une chose déposée chez une personne qui vient à mourir ; et la loi, dans l'hypothèse que l'héritier de cette personne vend la chose, pensant qu'elle fait partie de la succession, déclare la vente valable... Or, ce n'est là que l'application du droit commun ; car la chose déposée est assurément mobilière ; et, en fait de meubles, la simple possession, même instantanée, pourvu qu'elle soit de bonne foi, rend propriétaire, d'après l'art. 2279.

474. Nos adversaires font enfin valoir des considérations auxquelles nous pourrions ne pas nous arrêter, attendu qu'elles changent la question de droit en question de législation.

Étudier la loi pour découvrir son véritable sens ; rechercher avec soin ce qu'elle a voulu dire pour préciser ce qu'elle ordonne, ce qu'elle défend, ou ce qu'elle permet ; en un mot, CONSTATER CE QUE LA LOI EST, c'est faire du droit. Telle est la mission du jurisconsulte... Se

livrer à des considérations plus ou moins puissantes sur les effets, bons ou mauvais, d'une loi; rechercher si elle est, ou non, en harmonie avec les principes de l'équité, avec les mœurs et les besoins de ceux pour qui elle est faite; en un mot, CONSTATER CE QUE LA LOI DEVRAIT ÊTRE, c'est s'occuper de législation. Or, ce n'est pas en législateur qu'il s'agit d'examiner ici la question qui nous occupe.

Le jurisconsulte doit étudier la loi telle qu'elle est; s'il la trouve mauvaise, il pourra dire en passant : La loi, ainsi entendue, est mauvaise, *dura lex;* mais c'est cependant ainsi qu'il faut l'entendre, *scripta tamen*. C'est ce que nous avons fait plusieurs fois, et ce que nous ferons plus d'une fois encore. Nous pourrions donc, nous le répétons, ne pas répondre aux considérations qu'on nous oppose, attendu qu'elles n'ont rien à faire dans une question de droit. Toutefois, nous pouvons jeter un coup d'œil sur ces considérations et nous verrons qu'il est facile d'y répondre par des considérations non moins fortes.

1° On nous dit que quand un héritier, le plus proche de ceux connus, lors de la mort du défunt, a recueilli une succession, il n'existe aucun moyen de savoir s'il n'y a pas quelque héritier plus proche que lui, absent pour le moment, et qui pourrait revenir plus tard. Il n'y a donc, dit-on, aucune faute, aucune imprudence à reprocher à celui qui aura acheté de cet héritier apparent. Il y avait lieu de croire invinciblement que cet héritier était propriétaire et, dès lors, il ne doit pas être permis de venir plus tard lui enlever le bien.

D'abord est-il bien vrai qu'il n'y ait, en pareil cas, aucune espèce d'imprudence à reprocher à l'acquéreur? N'a-t-il pas pu prendre des informations et savoir, par exemple, que le défunt, qui ne laissait aujourd'hui qu'un fils, en avait cependant deux, et qu'on ignorait ce qu'était devenu le second, dont la mort n'était pas constatée? Lui était-il impossible de savoir que celui dont un cousin avait appréhendé la succession, avait un frère ou une sœur qui pourrait exister encore, ou avoir laissé des enfants?... Le plus souvent il y aura des reproches à lui adresser sous ce rapport.

Mais, alors même que l'erreur aurait été vraiment invincible; alors même qu'il n'y aurait eu aucun moyen, pour l'acquéreur, de prévoir ce qui pourrait arriver plus tard, pourquoi donc la perte (qui doit nécessairement retomber ou sur l'acquéreur ou sur l'héritier réel, parce que nous supposons toujours le vendeur insolvable), pourquoi la perte serait-elle plutôt supportée par le propriétaire que par l'acheteur? Le contraire seul nous paraît admissible en bonne législation; car le propriétaire n'a pas pu empêcher une aliénation dont il ne connaissait pas le projet, tandis que l'acheteur a fort bien pu ne pas acheter. La position du propriétaire est donc plus favorable.

2° Nous dira-t-on que notre doctrine a pour effet de laisser la propriété en suspens, d'entraver la circulation des biens, en offrant toujours aux acquéreurs la crainte d'une éviction, et de nuire ainsi à l'intérêt public, pour la conservation d'un intérêt particulier?

Mais on oublie donc (et c'est ce qu'ont fait continuellement nos adversaires) que la loi a veillé, par des dispositions spéciales, au maintien de cet intérêt général, et que c'est *précisément* par le motif que l'on invoque ici, qu'elle a déclaré, dans l'art. 712, que la propriété des biens s'acquerrait *par prescription*... En bonne législation, on devait attendre, pour déclarer un individu déchu de son droit de propriété, qu'un délai assez long se fût écoulé depuis qu'il a pu agir; c'est encore ce que la loi a fait. Qu'on attende donc, pour briser mon droit, que l'héritier apparent ait prescrit la succession, après quoi il pourra aliéner irrévocablement les biens qui la composent; ou bien encore, que l'acquéreur ait prescrit, lui, les biens particuliers par lui acquis.

Dans tous les cas, nous le répétons, c'est de la législation que nous faisons ici, et C'EST EN DROIT qu'il faut décider la question. Or, en droit, nous reproduirons notre principe : qu'un individu ne peut transférer des droits qu'il n'a pas; et nous dirons de nouveau que ce principe s'applique nécessairement à tous les cas pour lesquels on ne nous indique point d'exception posée dans la loi.

475. Il est vrai que notre ancienne jurisprudence paraît avoir été favorable au système que nous combattons (arrêt Malandrin, 17 juin 1759, du parlement de Normandie; arrêt du parlement de Paris, 17 juin 1744; arrêts du parlement de Toulouse, rapportés par Merlin et Denisart, v° *Héritier*, § 2). Mais d'abord, cette doctrine était dès lors, repoussée par de grands jurisconsultes; et Lebrun entre autres écrivait (*Tr. des succ.*, livr. 4, ch. 4) « que l'héritier plus éloigné ne pourrait aliéner pendant sa jouissance, au préjudice de l'héritier plus proche, et que *cela est certain.* » D'un autre côté, la jurisprudence arbitraire de nos anciens parlements ne saurait faire loi aujourd'hui que nous avons les règles précises de notre Code civil.

Il est vrai aussi que la doctrine que nous repoussons ici de toute notre énergie, parce qu'elle est à nos yeux une erreur certaine, paraît devoir triompher devant la Cour suprême, sinon pour toute aliénation faite par l'héritier apparent, du moins pour les *ventes* par lui consenties de *biens particuliers* à un acheteur *de bonne foi;* car trois arrêts *de cassation* ont été rendus par elle dans ce sens le même jour, 16 janvier 1843 (1). Mais comme le Code n'admet pas plus d'exception pour la vente que pour toute autre aliénation, pas plus pour les biens particuliers que pour une universalité, pas plus pour l'acquéreur de bonne foi que pour un autre, et que le seul bénéfice qu'il accorde à la bonne foi (car il s'en est préoccupé), c'est de gagner les fruits (article 549), et de pouvoir prescrire, selon les cas, ou par vingt ans, ou même par dix ans, au lieu de trente ans (art. 2265), il est clair que, si la Cour de cassation arrive à faire prévaloir définitivement la validité de la vente, *elle aura fait la loi* au lieu de l'appliquer.

Ce triomphe, du reste, est loin d'être assuré; car les arrêts anté-

(1) Poitiers, 13 juin 1822; Douai, 17 août 1822; Bordeaux, 14 avril 1832; Orléans, 27 mai 1836; Montpellier, 9 mai 1838 (Dev., 32, 2, 501; 33, 1, 737; 36, 2, 289; 38, 2, 492; 43, 1, 97; 44, 2, 450).

rieurs permettent d'espérer de la part des Cours d'appel une vive résistance, et déjà la Cour de Rennes, par un arrêt du 12 août 1844, a fait aux fameux arrêts de janvier 1843 une réponse quelque peu embarrassante (1)... La Cour de cassation, oubliant que l'effet de l'acceptation que vient faire l'héritier réel, remonte au jour même de l'ouverture (art. 777), en sorte que le droit de l'héritier apparent se trouve être résolu et n'avoir jamais existé, avait dit que, malgré l'acceptation postérieure de l'héritier réel, l'héritier apparent avait disposé *d'une chose dont il était propriétaire* et non de la chose d'autrui *s'il n'avait vendu qu'un meuble ou un immeuble* de la succession ; et elle reconnaissait, d'ailleurs, qu'en pareil cas, la vente de l'hérédité serait nulle, parce que *l'héritier apparent n'a qu'un droit résoluble* (Cassation, 26 août 1833). Or, l'arrêt répond que la Cour de cassation est en flagrante contradiction, « puisqu'en validant les ventes à titre particulier, elle repousse les ventes de la totalité ou d'une quote-part, distinction qui serait inadmissible, s'il était vrai que l'héritier apparent eût, quant aux tiers, le droit de disposer de la propriété. »

Ainsi, on est forcé de reconnaître le principe ; on l'applique en général, et on le repousse dans un cas pour lequel on ne peut cependant indiquer aucune cause d'exception... Et ce n'est pas seulement dans les arrêts que se trouve ainsi l'aveu implicite de l'illégalité du système. L'un de ses plus solides défenseurs, notre excellent confrère et ami M. Carette, a été jusqu'à dire « que cette question *n'a pas été prévue par le législateur,* et que, pour elle, la mission du juge s'élève presque *à la hauteur de celle du législateur lui-même !* » Si le cas particulier n'est pas prévu par la loi, il est donc bien vrai que l'exception au principe n'existe pas ; et, si le juge, pour arriver à la solution que nous rejetons, devient législateur, nous avons donc eu raison de dire qu'il faisait la loi au lieu de l'appliquer !

476. Aussi le dernier auteur qui soit venu essayer de soutenir cette doctrine, M. Demolombe, commence-t-il par avouer que tout ce qui a été dit jusqu'ici pour l'établir ne saurait soutenir le choc d'un examen sérieux ; après quoi il s'efforce de lui trouver une nouvelle base. Mais cette base nouvelle se confond, en définitive, avec l'une de celles que nous avons indiquées et renversées déjà ; car elle se réduit à une idée de mandat. M. Demolombe prétend que l'héritier apparent doit être considéré comme le mandataire de l'héritier réel. Or, nous avons déjà fait remarquer que l'héritier apparent est, par la nature même des choses, l'adversaire de l'héritier réel, contre lequel il prescrit chaque jour, à la différence d'un envoyé en possession ; et que, loin de le représenter (comme celui-ci représente l'absent) et de défendre ses droits, il les détruit au contraire.

L'idée de mandat est donc complétement inadmissible... Aussi, est-il facile de voir que ce n'est pas elle qui a entraîné M. Demolombe, et que l'honorable professeur a recherché le *quid melius*, au lieu de re-

(1) Voy. la note précédente.

chercher *quid voluit lex.* « Je suis, dit-il, *très-touché*, je l'avoue, de cette profonde conviction qui entraîne vers ce sentiment tous les hommes *mêlés à la pratique et au mouvement des affaires.* Parmi les avocats *les plus exercés*, parmi *les notaires* que j'ai pu consulter, je n'en ai presque pas rencontré qui ne considérassent comme une véritable *nécessité* le maintien des ventes ainsi faites ; *et voilà surtout ce qui me porte* à dire que cette dernière opinion triomphera. — Mais, pourtant, je crois avoir prouvé que *cette opinion ne repose pas sur une base satisfaisante*... Aussi me paraît-il très-essentiel, PUISQUE CE SYSTÈME DOIT L'EMPORTER, de lui chercher une base dans la loi positive... » Et M. Demolombe propose l'idée de mandat.

Ainsi, ce n'est pas l'idée de mandat qui conduit notre honorable adversaire à la solution qu'il adopte ; c'est, au contraire, la solution imposée à l'avance par la nécessité des affaires, qui le conduit à l'idée de mandat ; c'est parce qu'il est entendu d'avance que la pratique fera prévaloir la validité des ventes, qu'il faut arriver, bon gré mal gré, à trouver cette validité dans le Code ! C'est un nouvel aveu à joindre à ceux que nous avons signalés (1).

V. — 477. On n'appelle pas *pétition d'hérédité* toute action par laquelle l'héritier réel viendrait réclamer la restitution d'un ou de plusieurs biens d'une succession, à celui qui s'en trouve en possession, à un titre quelconque ; on ne donne ce nom qu'à l'action qu'il intente contre celui qui détient le bien *en qualité d'héritier*.

Ainsi Pierre meurt ; sa succession, qui se composait de deux immeubles, A et B, a été recueillie par Paul, son neveu, lequel a vendu à Jacques l'immeuble B. Louis, fils du défunt, absent, lors de l'ouverture de la succession, revient et veut rentrer en possession des deux immeubles. L'action qu'il intente contre Paul, pour obtenir l'immeuble A, est bien la pétition d'hérédité ; car Paul détient cet immeuble *pro hærede*. Mais celle qu'il exerce contre Jacques, pour se faire restituer l'immeuble B, n'est point la pétition d'hérédité, car Jacques ne possède pas *pro hærede*, mais *pro emptore ;* c'est donc une revendication ordinaire. En effet, ici, ce n'est pas sur le motif que le détenteur n'est pas héritier qu'on agit contre lui, mais seulement sur le motif qu'il n'est pas propriétaire. Ce n'est donc pas une pétition ou une demande de l'hérédité, en tant qu'hérédité ; c'est une *pétition* ou *demande* ordinaire en revendication.

Du reste, la pétition d'hérédité ne s'exerce pas seulement contre celui qui aurait appréhendé la succession, comme plus proche héritier connu, mais aussi contre celui qui, au lieu d'avoir acheté à l'héritier apparent des biens déterminés de cette succession, se serait porté cessionnaire de tous ses droits héréditaires. Alors, en effet, ce n'est pas précisément les biens qu'il a achetés, c'est le titre d'héritier ; il n'a les biens que comme conséquence de ce titre (art. 1696).

---

(1) Voy. dans notre sens : Toullier (*addit.* au t. IX) ; Grenier (*Hyp.*, I, p. 101) ; Proudhon (*Usuf.*, III, 1319) ; Duranton (I, 559 à 578) ; Lagrange (*Ex. crit.*, p. 222-230) ; Troplong (*Hyp.*, II, n° 468).

478. Maintenant, les délais de la prescription ne seront pas toujours les mêmes pour la pétition d'hérédité et pour une revendication ordinaire.

L'action en pétition d'hérédité ne se prescrit que par trente ans. En effet, d'après les art. 789 et 790, celui qui a renoncé à une succession à lui dévolue et qui s'y est ainsi rendu étranger, peut revenir l'accepter (pourvu, bien entendu, qu'elle n'ait pas été acceptée par un autre), pendant le *temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers*, c'est-à-dire pendant trente ans, aux termes de l'art. 2262. Or, il est clair qu'on ne peut pas accorder à celui qui, saisi de sa qualité d'héritier, ne s'est jamais dépouillé de cette qualité par une renonciation, moins de temps, pour réclamer la succession, qu'on n'en accorde à celui qui avait renoncé d'abord; il aura donc aussi trente ans, qui courront, bien entendu, à partir du moment où son droit s'est ouvert, c'est-à-dire de la mort de son auteur.

Ainsi, quand ce sera contre l'héritier apparent, ou son représentant universel, ou celui qui aurait acheté son droit héréditaire, que l'héritier réel agira, il pourra, pourvu que ce soit dans les trente ans, se faire reconnaître héritier contre lui et lui enlever ainsi tout ce qu'il possédera encore de la succession, soit immeubles, soit meubles. Mais, quand il agira par revendication ordinaire contre un acheteur, un donataire, un coéchangiste; enfin, contre tout individu détenant un objet déterminé de la succession à tout autre titre que celui d'héritier, il faudrait distinguer : le délai de la prescription sera plus ou moins long, selon les circonstances.

S'il s'agit d'immeubles, le possesseur qui les aura acquis de bonne foi et en vertu d'un juste titre (c'est-à-dire d'un titre qui l'eût rendu propriétaire, si le vendeur l'eût été), les prescrira par dix ans, si l'héritier réel demeure dans le ressort de la même Cour d'appel, sinon par vingt ans (art. 2265 et 2266).

Que si ce détenteur n'était pas de bonne foi, ou s'il n'avait pas un titre valable, il ne pourrait invoquer que l'art. 2262; et la prescription ne s'accomplirait que par trente ans, comme dans le cas de pétition d'hérédité (art. 2262 et 2267).

Quant aux meubles, un seul instant de possession de bonne foi suffira pour les prescrire, à moins qu'ils n'aient été ou perdus ou volés, auquel cas l'héritier pourrait agir pendant trois ans, qui courraient du jour de la perte ou du vol (art. 2279 et 2280).

VI. — 479. Lorsqu'une succession est échue à plusieurs cohéritiers dont l'un est absent, que l'un des héritiers présents et copartageants devient insolvable, et que l'absent vient plus tard réclamer sa part, sur qui doit retomber la perte résultant de l'insolvabilité du copartageant? Soit une succession de 24 000 francs; quatre frères héritiers dont l'un est absent; les trois autres prennent chacun 8 000 francs. Plus tard, et avant les trente ans depuis l'ouverture de la succession, l'absent revient; mais un des trois héritiers présents est insolvable; qui en subira la conséquence?

M. Duranton, avec lequel nous nous trouvons d'accord sur l'importante question que nous avons examinée au nº IV, est ici (I, 579) d'une opinion que nous ne saurions embrasser. Il veut que les deux héritiers solvables rapportent ce qu'ils ont pris, chacun 8 000 francs, en tout 16 000 francs, et qu'on partage le tout entre les trois, en sorte que chacun d'eux supporterait pour un tiers la perte de l'insolvabilité survenue. Voici son raisonnement : le partage qui a eu lieu ayant été fait entre trois héritiers, tandis qu'il devait l'être entre quatre, est nul, et le quatrième héritier a le droit d'en demander un nouveau. En vain lui dirait-on que c'est lui qui est en faute de s'être absenté; il était le maître de s'absenter, et l'on devait mettre sa part en réserve. Puis, il appuie son argumentation sur les principes qui régissent l'action en partage dans la loi romaine, et d'après lesquels l'héritier absent conservait toujours sa part, *pro indiviso,* dans tous les objets communs, comme si le partage n'avait pas eu lieu... M. Duranton, selon nous, pousse ici trop loin le respect de la loi romaine, et nous arriverons à un résultat plus équitable en suivant les principes de notre droit français.

Les héritiers présents avaient le droit de partager la succession, car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815); et, comme en vertu des art. 135 et 136, ils pouvaient agir en propriétaires, sauf preuve postérieure de l'existence de l'absent, ils ont pu ne faire que trois parts et n'ont été nullement tenus d'en faire une quatrième, pour la laisser dormir jusqu'à l'expiration du délai de la prescription, ou la certitude de la mort de leur frère. Ce frère était, par le loi ellemême, déclaré mort, sauf preuve du contraire. Dès lors, ils ont pu prendre chacun un tiers, sauf restitution, en vertu de l'art. 137, *de ce qu'ils se trouveraient avoir pris sans droit.* Or, chacun d'eux n'a pris sans droit que 2 000 francs; c'est donc 2 000 francs que chacun rendra à l'absent, lequel perdra les 2 000 francs pris par l'héritier devenu insolvable.

Et, en effet, si l'absence de leur cohéritier ne fait rien gagner aux héritiers présents, parce que l'absent s'est représenté, il est clair qu'elle doit, au moins, ne rien leur faire perdre.

138. — Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi.

I. — 480. Lorsqu'un bien, possédé par un individu qui s'en croyait propriétaire, mais qui ne l'était pas, est revendiqué par celui à qui il appartient, les fruits produits par ce bien, depuis que le possesseur le détient, devraient, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes, être restitués avec le bien même; mais on ne pouvait adopter un tel système, qui eût pu ruiner un possesseur, assez malheureux déjà de restituer un bien que, peut-être, il a payé à un vendeur contre lequel

son recours sera inefficace. Le législateur lui accorde donc les fruits, comme la loi romaine les lui accordait.

II. — 481. Toutefois, tandis que chez nous le possesseur de bonne foi gagne les fruits par la perception, en droit romain, il ne les gagnait que par la consommation qu'il en faisait. En effet, ils devenaient bien siens par la perception, mais il n'en avait encore, dans ses rapports avec le propriétaire, qu'une propriété résoluble qui tombait quand ce propriétaire reparaissait ; celui-ci reprenait alors tous les fruits encore existants. *Si quis,* dit Justinien, aux *Instit.*, t. I, § 35, *à non domino, quem dominum esse crediderit, bonâ fide fundum emerit, vel ex alia justa causa acceperit, placuit fructus quos percepit ejus esse... Si posteà dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus* AB EO CONSUMPTIS *agere non potest.*

Chez nous, le propriétaire n'aura que les fruits non encore perçus; quant à ceux recueillis, quoique non consommés, ils resteront au possesseur de bonne foi.

III. — 482. Lorsque le possesseur sera de mauvaise foi, il devra rendre tous les fruits, savoir : ceux encore existants, en nature; ceux consommés, par une somme équivalente. Le paragraphe des *Institutes* ci-dessus cité disait aussi : *Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

Le possesseur est de mauvaise foi, non pas seulement quand on agit contre lui ; mais du jour qu'il sait qu'il n'est pas propriétaire, *cùm possederit fundum alienum* SCIENS. Mais il faudrait *prouver* qu'il le savait ; car la mauvaise foi ne se présume pas (art. 2268).

IV. — 483. Notre article nous présente un résultat de la différence qui existe et que nous avons signalée, au n° IV de l'art. 136, entre les divers ayants droit envoyés en possession des biens d'un absent, en vertu des art. 120 et 123, et ceux qui, comme propriétaires, ont exercé, en vertu des art. 135 et 136, des droits ouverts pendant l'absence, et qu'on ne prouvait pas appartenir à cet absent.

Les envoyés en possession, comme on l'a vu à l'art. 127, ont droit tantôt à la totalité des fruits, mais tantôt aussi aux neuf dixièmes ou aux quatre cinquièmes seulement; ici, au contraire, la totalité des fruits appartient toujours au possesseur. Ce possesseur, en effet, était réputé propriétaire et agissait comme tel ; il croyait donc pouvoir dépenser tous les fruits; l'envoyé, au contraire, ne possédait que pour le compte et comme représentant de l'absent.

V. — 484. Du reste, la disposition de notre article ne s'applique pas seulement au cas d'absence, même simplement présumée, mais à tous les cas où un individu possède, en s'en croyant propriétaire, un bien dont il se trouve évincé plus tard.

SECTION III

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AU MARIAGE.

139. — L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence.

SOMMAIRE.

I. Tant que dure l'absence d'un époux, il n'y a qu'un empêchement prohibitif au nouveau mariage de son conjoint.

II. Quand l'absence finit, ce nouveau mariage se trouve nul ou valable, selon que l'absent existait encore ou était déjà mort quand il a été contracté.

III. Ce n'est pas seulement par l'absent ou son mandataire que le mariage peut être attaqué; il peut l'être, une fois l'existence de l'absent prouvée, par le ministère public et par toute personne intéressée. — Mauvaise rédaction de l'article. — Erreur de Toullier.

I. — **485.** L'absence, soit déclarée, soit simplement présumée, est, comme on l'a vu, le résultat de l'incertitude sur l'existence.

Ainsi, d'un côté, quand un époux est absent, son conjoint n'a pas le droit de contracter une nouvelle union; car il n'est pas certain que l'absent soit mort, ni, par conséquent, que le premier mariage soit dissous. Mais, d'un autre côté, si en fait, par erreur ou par fraude, un nouveau mariage a eu lieu, il ne peut pas être attaqué; car il n'est pas certain que l'absent soit encore vivant, ni, par conséquent, que le premier mariage existe encore.

On distingue, en effet, comme nous l'avons déjà dit sous l'art. 28, deux espèces d'empêchements au mariage : les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs. Les premiers rendent le mariage absolument impossible; en telle sorte que, si, en fait, il avait été contracté à leur mépris, il serait ensuite annulé. Les seconds, moins graves que les premiers, s'opposent bien à ce que le mariage ait lieu; mais, si, cependant, en trompant l'officier de l'état civil, on était parvenu à le faire célébrer, il resterait valable.

L'existence d'un premier époux est un empêchement dirimant, comme on le voit par les art. 147 et 184; mais, dans le cas où cette existence d'un premier époux est incertaine, la loi ne devait admettre ni l'impossibilité absolue du mariage, puisqu'il n'est pas constant que l'époux absent soit vivant; ni sa possibilité absolue, puisqu'il n'est pas constant qu'il soit mort. C'était le cas de poser un empêchement prohibitif seulement. C'est ce que fait notre art. 139.

Tant, donc, que durera l'absence, et, par conséquent, l'incertitude, le mariage une fois contracté restera inattaquable.

II. — **486.** Mais *quid,* quand l'absence viendra à cesser?

Si elle finit par la preuve du décès de l'époux absent, il faudra voir à quelle époque ce décès a eu lieu. Si c'est avant la célébration du second mariage, celui-ci se trouve avoir été contracté valablement et reste désormais à l'abri de toute attaque; mais si le décès est posté-

rieur, il devient par là constant que le mariage a été contracté alors qu'il existait un empêchement dirimant, et la nullité peut en être demandée, aux termes de l'art. 184, soit par le ministère public, soit par tous ceux qui y ont intérêt.

Que si l'absence finit par la preuve de l'existence de l'absent, il est prouvé que le mariage a été contracté au mépris d'un empêchement dirimant, et, dès lors, il pourra être attaqué, ou par l'absent lui-même, si c'est lui qui revient, ou par son mandataire, si, sans revenir, il a seulement donné preuve de vie.

III. — 487. Mais est-ce seulement l'époux ou son mandataire qui pourra demander la nullité de ce mariage? Est-ce que le ministère public ne pourrait pas l'attaquer aussi?... Si notre article était le seul qui pût indiquer la volonté du législateur sur ce point, et qu'il fallût s'en tenir rigoureusement à la manière dont il est rédigé, on devrait répondre que l'époux pourra seul agir, ou par lui-même ou par son mandataire. Mais, heureusement pour la morale, il n'en est pas ainsi; et il n'est pas difficile, en combinant la disposition de notre article avec celles portées au titre du *Mariage*, de reconnaître les vrais principes, et d'indiquer dans cet article un léger vice de rédaction (ce qui n'est pas rare dans le Code, comme on a pu déjà s'en apercevoir).

Et d'abord, quand l'absent sera de retour ou aura donné preuve d'existence, ce mariage sera prouvé avoir été contracté au mépris de l'art. 147; or, les art. 184 et 190 disent que, dans ce cas, le ministère public, non-seulement peut, mais *doit* demander la nullité et faire séparer les deux nouveaux époux, parce que leur union serait un outrage insultant pour la morale. Maintenant, notre article est-il en opposition avec ce principe? Au contraire, il vient le confirmer encore, en accordant le droit de demander la nullité à un individu à qui, d'après les principes ordinaires, on devrait peut-être le refuser.

En effet, d'après notre article, le mariage pourra être attaqué par le mandataire de l'absent, *muni de la preuve de son existence;* or, si le législateur n'avait eu en vue qu'un mandataire agissant en vertu d'un mandat exprès et spécial que l'absent lui aurait envoyé du pays où il se trouve, ce mandat lui-même aurait été la preuve de l'existence de l'absent, et l'on n'aurait pas exigé, comme une condition nouvelle, que le mandataire, en outre de ce mandat, fût encore muni de la preuve de l'existence. Et ce qui prouve encore que ce n'est point un mandat spécial que le législateur a entendu exiger, c'est que le mot *spécial* se trouvait dans le projet et qu'il a été *retranché* lors de la discussion (Proj., tit. 4, art. 28. — Fenet, t. II, p. 36).

Il s'agit donc simplement d'un procureur laissé par l'absent, lors de son départ, et dont les pouvoirs ne prouvent nullement l'existence actuelle de cet absent. C'est à ce procureur ordinaire, et qui n'a reçu de l'absent qu'un mandat général d'agir pour lui dans toutes les affaires qui l'intéresseraient, que la loi permet d'attaquer le mariage du conjoint de l'absent. Si donc un procureur, qui n'a qu'un pouvoir général pour les biens, peut cependant (pourvu, bien entendu, qu'il prouve l'exis-

tence de l'époux) faire prononcer la nullité du mariage, parce que l'époux n'est pas là pour la faire prononcer lui-même, comment ne reconnaîtrait-on pas ce droit au ministère public, chargé tout spécialement de veiller au maintien des bonnes mœurs et à qui la loi (art. 190), non-seulement donne le droit, mais impose l'obligation d'agir? Comment pourrait-on dire que c'est pour lui enlever ce droit d'agir que notre article a été fait? (1)

488. On ne conçoit pas que Toullier soit venu mettre cet article, gratuitement et sans motif, en contradiction avec les principes les plus positifs de la loi, pour arriver à un scandale aussi dégoûtant que le serait le spectacle d'un homme marié avec deux femmes, demeurant toutes deux peut-être dans la même ville; ou d'une femme ayant notoirement deux maris vivants, et de chacun desquels elle pourrait avoir, tour à tour, des enfants que Toullier, pour être conséquent, devait déclarer tous légitimes!!! Car on n'osera pas dire, sans doute, que le premier mariage est dissous.

Sous la tournure de phrase, vicieuse et embarrassée, qu'a employée le législateur, il nous faut, et c'est chose facile, saisir le vrai sens de cette disposition qui a pour but, non pas de nous indiquer *par qui* le mariage pourra être attaqué, mais *quand* il pourra l'être.

Pris à la lettre, l'article signifierait en substance : Le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne pourra être attaqué *que par cet absent de retour, ou par son mandataire muni de la preuve de son existence*.

Or voici, selon nous, ce qu'on a voulu dire : Le mariage contracté par le conjoint d'un absent ne pourra être attaqué que *quand l'absent sera de retour, ou qu'il aura donné des preuves de son existence,* proposition synonyme de celle-ci : *quand l'absence aura cessé*.

Ainsi, cet article revient tout simplement à cette proposition à laquelle nous auraient conduit les principes généraux : « Pendant l'absence d'un époux, le conjoint présent n'a pas le droit de former un nouveau mariage; si pourtant, en fait, ce nouveau mariage a été contracté, il ne pourra pas être attaqué, tant que l'absence durera. Mais du moment que l'existence de l'absent redeviendra certaine, les règles établies seulement pour le cas d'absence cesseront, comme cela devait être, d'avoir leur application. »

IV. — 489. Des auteurs ont prétendu que cet article n'était fait que pour le cas d'absence déclarée : Ce n'est qu'après la déclaration d'absence, ont-ils dit, que l'époux présent peut être de bonne foi et croire que son conjoint est mort.

L'objection n'a aucune force, elle n'a pas même trait à la question. L'article ne s'occupe pas le moins du monde de savoir s'il y a bonne foi; sa disposition est seulement, comme nous l'avons vu, une conséquence de l'incertitude sur l'existence de l'individu. La seule règle doit

---

(1) *Conf.* Demolombe (II, 264); Massé et Vergé (I, p. 161); Aubry et Rau (4e édit., I, § 159, p. 635); Molinier (*Rev. bibliog.*, t. III, p. 113).

être celle-ci : Y a-t-il ou n'y a-t-il pas incertitude?... D'ailleurs, il se pourrait très-bien qu'il y eût bonne foi, avant qu'une déclaration d'absence fût intervenue; comme il se pourrait, au contraire, qu'il y eût mauvaise foi, après la déclaration prononcée.

M. Duranton, qui adopte l'opinion que nous rejetons ici, nous dit (I, 526), qu'avant la déclaration d'absence, l'époux *savait que la loi lui défendait de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier;* mais est-ce donc qu'il ne le savait plus, après l'absence déclarée?... Est-ce qu'il ne sait pas aussi que la déclaration d'absence n'est point une cause de dissolution du mariage?

Du reste, M. Duranton, après avoir rejeté notre principe, finit par y revenir ou à peu près; car il accorde que, quand même il n'y aurait pas eu déclaration d'absence, l'action en nullité ne pourra pas être exercée, quand il régnera *la plus grande incertitude* sur l'existence du conjoint. Mais où donc la loi a-t-elle exigé que l'incertitude fût *la plus grande* possible? Elle a seulement parlé d'un mariage contracté par le conjoint d'un *époux absent* (1).

140. — Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens.

490. Cet article est parfaitement inutile dans le Code. Sa disposition, en effet, n'est qu'une application de détail du principe posé par l'art. 120, et résulte, d'une manière évidente, de la combinaison de cet art. 120 avec l'art. 767 au titre *des Successions*. En effet, d'après l'art. 120, l'envoi en possession des biens d'un absent appartient à celui qui prendrait la succession de cet absent, s'il était mort; or, d'après l'art. 767, lorsqu'un défunt ne laisse ni héritiers légitimes au degré successible, ni enfants naturels, c'est à son conjoint que sa succession appartient; donc, c'est à ce conjoint qu'appartient, dans le même cas, l'envoi en possession des biens de l'absent. Notre art. 140 ne fait donc que tirer la conclusion des prémisses posées par les art. 120 et 767.

Cet art. 767 nous prouve, du reste, que parmi les *parents habiles à succéder,* dont parle notre art. 140, il faut comprendre les enfants naturels du défunt, puisqu'ils sont appelés, avant son conjoint, à recueillir sa succession.

CHAPITRE IV

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

491. Les trois articles de ce chapitre ne sont relatifs qu'à la présomption d'absence, comme l'indiquent assez les expressions *dis-*

---

(1) *Conf.* Demolombe (II, n° 265); Aubry et Rau (4e édit., I, § 159, note 2, p. 633. *Contrà* : Vazeille (*Mariage*, I, n° 225).

paraître, disparition, dont le législateur se sert, soit dans les articles, soit dans la rubrique, et comme nous le prouvera d'ailleurs l'article 142.

La loi, comme la nature, place l'enfant mineur sous la puissance et la surveillance de ses père et mère (art. 172); mais cette puissance appartenant au père seul pendant le mariage (art. 373), la disparition de la mère, tant que le père est présent, n'apporte, en général, aucun changement à l'état des choses. Ceci explique pourquoi le législateur a porté plus spécialement son attention sur la disparition du père. Toutefois, comme la disparition de la mère n'est pas toujours et absolument sans effet; comme, d'ailleurs, la loi n'a pas prévu toutes les circonstances dans lesquelles peut avoir lieu la disparition même du père, il nous faudra, tout en adoptant la division tracée par le Code, compléter cette division et expliquer, par induction des cas prévus, ceux qui ne le sont pas.

La loi s'occupe de la disparition du père, 1° dans le cas où la mère continue de vivre et d'être présente; 2° dans le cas où la mère serait morte avant cette disparition ou mourrait peu de temps après. Nous aurons à rechercher l'effet de cette disparition; 3° dans le cas où la mère viendrait elle-même à disparaître après le père.

Quant à la disparition de la mère, la loi ne s'en occupe qu'implicitement et dans un cas tout particulier, celui où le père était mort et la mère mariée. Nous considérerons cette disparition de la mère dans les hypothèses réciproques, c'est-à-dire : 1° dans le cas où le père continue de vivre et d'être présent; 2° dans le cas où le père est mort lors de la disparition, ou meurt peu de temps après; 3° dans le cas où le père disparaît peu de temps après la mère.

La loi ne s'occupe point, explicitement du moins, des effets de *la déclaration* d'absence, relativement aux enfants mineurs; nous exposerons brièvement ces effets, après avoir expliqué nos trois articles.

141. — Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

SOMMAIRE.

I. 1re Hypothèse : disparition du père, la mère restant présente. C'est à la mère que passe la puissance paternelle. — Ce n'est point là une tutelle.
II. La mère prend alors, comme compensation, l'usufruit légal des biens de ses enfants. — Dissentiment avec MM. Plasman et Demante.
III. La mère peut avoir, pour l'administration des biens de ses enfants, des droits plus étendus que pour l'administration de ses propres biens.
IV. Mais elle n'a jamais le même droit de correction que le père.

I. — **492.** La loi ne s'occupe ici que de la disparition du père, qu'elle suppose avoir lieu, la mère continuant de vivre et de rester présente. C'est la première des trois hypothèses indiquées plus haut.

La puissance paternelle passe, dans ce cas, sur la tête de la mère

qui se trouve chargée de veiller, comme le ferait le père s'il était présent, et à l'éducation de l'enfant et à l'administration des biens que cet enfant pourrait avoir.

Le pouvoir donné ici à la mère n'est pas une tutelle; car la tutelle ne s'ouvre qu'à la mort du père ou de la mère d'un enfant mineur (art. 390); or, ici, aucun des deux parents n'est mort.

II. — 493. Comme compensation des soins et des peines que demandent l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens, la loi, dans l'art. 384, au titre *de la Puissance paternelle*, accorde à celui qui en est chargé la jouissance de ces mêmes biens, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de dix-huit ans ou ait été émancipé. Ici, donc, que ces soins sont confiés à la mère, c'est à la mère que cet usufruit légal doit appartenir.

En vain dirait-on, comme M. Plasman (p. 305) et M. Demante (*Encycl.*, n° 152), en argumentant judaïquement de la lettre de l'art. 384, que cette jouissance appartient au père *durant le mariage,* et que ce n'est *qu'après la dissolution* de ce mariage qu'elle passe à la mère. C'est ne pas entrer dans l'esprit de la loi que de raisonner ainsi. Si l'art. 384 a dit que cette jouissance appartient au père durant le mariage, c'est parce que l'art. 373 avait dit que le père *seul,* durant le mariage, exerce l'autorité sur les enfants. L'un et l'autre avaient prévu ce qui arriverait ordinairement : *De eo quod plerumquè fit statuit lex.* Mais quand, par exception, et malgré l'art. 373, l'autorité sera exercée, par la mère, *même durant le mariage : Ubi onus, ibi emolumentum esse debet* (1).

Du reste, si la mère était mariée en communauté, il est clair qu'elle ne pourrait pas garder ces fruits pour elle; ils tomberaient dans la communauté, en vertu du principe de l'art. 1401, qui attribue à la communauté toutes les valeurs mobilières que recueillent les époux pendant le mariage.

III. — 494. La mère pourra faire, pour ses enfants, des actes d'administration qui pourraient lui être défendus pour elle-même, selon qu'elle sera mariée sous tel ou tel régime. Une femme, en effet, est en soi tout aussi capable qu'un homme; si elle est frappée de quelque incapacité, ce n'est que dans ses rapports avec son mari, à la puissance duquel la loi la soumet, et relativement au régime auquel sont soumis ses biens. Dès qu'elle agit en dehors de ces rapports, elle recouvre toute sa capacité; il ne sera donc pas étonnant qu'elle ait, pour l'administration des biens de ses enfants, des pouvoirs plus étendus que pour l'administration de ses biens propres.

IV. — 495. Elle n'aurait toutefois pas, quant au droit de correction, des pouvoirs aussi étendus que ceux attribués au père. Ses droits, en effet, ne sauraient être plus grands, dans ce cas d'absence du père, qu'ils ne seraient si elle exerçait la puissance paternelle définitivement, parce que le père serait mort; or, dans ce cas même, le

---

(1) Delvincourt, Duranton (I, 521); de Moly (p. 111); Magnin (I, 413).

droit de correction serait plus restreint pour elle qu'il ne l'était pour le père, comme on le voit en rapprochant l'art. 381 des deux art. 376 et 377.

496. Qu'on n'oublie pas que cet art. 141, comme les deux autres de ce chapitre, n'est relatif qu'à la présomption d'absence. Une fois la déclaration d'absence prononcée, d'autres mesures seraient prises, comme nous le verrons plus loin.

142. — Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

SOMMAIRE.

I. 2e Hypothèse : disparition du père précédée ou suivie de la mort de la mère. L'article s'applique de même à la disparition de la mère, arrivant dans les circonstances réciproques.
II. Mauvaise rédaction de l'article.
III. Ici c'est une vraie tutelle qui a lieu. — Cas où la disparition du père ne produirait aucun effet.
IV. Cet article, en ce qu'il donne au conseil de famille la nomination de l'ascendant, doit être modifié par l'art. 402.
V. Pourquoi la loi ne permet-elle les mesures dont il s'agit que six mois après la disparition? — Ce délai de six mois est nécessaire à partir des nouvelles reçues, comme à partir de la disparition. Que deviennent les enfants pendant ce délai?
VI. Si le père revient, il reprend la tutelle.
VII. 3e Hypothèse, non prévue par la loi : disparition de la mère après la disparition du père.

I. — 497. Cet article prévoit la deuxième hypothèse indiquée plus haut, celle dans laquelle la mère serait morte, lors de la disparition du père, ou mourrait avant le jugement de déclaration d'absence.

Nous verrons à l'article suivant, n° II, 2° et 3°, que cet article, bien qu'il ne parle que de la disparition du père, s'applique aussi à la disparition de la mère, ayant lieu avec les mêmes circonstances, et que tout ce que nous allons dire pour son explication, s'appliquerait également, si c'était la mère qui disparût.

II. — 498. L'article nous dit que, dans ce cas, la mesure qu'il indique sera prise *six mois après la disparition du père*. C'est là un vice de rédaction, assez grossier, il est vrai, mais qui ne peut offrir aucune difficulté. Il est bien clair que si la circonstance prévue par l'article, savoir *la mort* de la mère, ne se réalise que deux, trois ou quatre ans après la disparition du père, ce n'est pas six mois après cette disparition qu'on pourra mettre à exécution la mesure qui n'est permise que pour certaine circonstance.

Il fallait dire tout d'abord : « Si la mère était décédée lors de la disparition, ou si, etc., » puis ajouter ensuite : « Dans tous les cas, cette mesure ne pourra être prise qu'autant que six mois au moins se seront écoulés depuis la disparition. »

III. — 499. Dans le cas de notre article, c'est une véritable tutelle qui a lieu. En effet, l'article nous dit qu'à défaut d'ascendant, la surveillance sera déférée *à un tuteur provisoire*. L'article, d'ailleurs, est d'accord ici avec les principes généraux, puisqu'il suppose la mort de la mère, et que c'est par le décès du prémourant des père et mère que la tutelle s'ouvre (art. 390).

Il est vrai qu'alors, d'après les règles ordinaires, c'est au survivant des époux que la tutelle devrait appartenir (même art. 390), et que ce serait au père, dont la mort n'est ni prouvée, ni présumée, à prendre ou à conserver la qualité de tuteur (*prendre,* si la mère n'est morte et, par conséquent, si la tutelle ne s'est ouverte, que depuis la disparition ; *conserver,* si elle était morte auparavant, car alors il était déjà tuteur quand il a disparu). Mais il n'en saurait être ainsi : la loi ne pouvait ni donner ni conserver à un absent les fonctions de tuteur, qui, par leur nature même, exigent impérieusement la présence de celui qui en est revêtu. Aussi, d'après l'art. 424, toutes les fois qu'un tuteur devient absent, il est enjoint au subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un tuteur nouveau, comme si le tuteur absent était mort. Ici donc que le père est absent, la tutelle passera, comme si ce père n'existait plus, aux ascendants, s'il en existe ; sinon, à l'individu que désignera le conseil de famille.

Puisque, dans ce cas, c'est une tutelle qui a lieu, il faudra appliquer les dispositions portées par le Code pour les tutelles et qui sont détaillées au titre 10, chap. 2, art. 289 et suivants. Ainsi, il faudra d'abord que le conseil de famille nomme un subrogé tuteur, conformément à l'art. 420.

499 *bis*. Il pourrait se présenter un cas où, bien qu'on fût dans les termes de notre article, il n'y aurait cependant pas lieu de l'appliquer.

Il nous faut, pour indiquer ce cas, supposer que la mort de la mère a, non pas suivi, mais précédé la disparition du père. Ce père, alors, a été, avant sa disparition, appelé à la tutelle, et c'est parce que la loi suppose que, lors de son départ, il en était chargé, et que, par conséquent, elle se trouve vacante, qu'elle appelle un autre individu à l'exercer. Mais si ce que la loi suppose doit arriver le plus souvent, cela n'arrivera pas nécessairement toujours. Il se peut que le père ait été écarté, soit comme interdit (art. 442), soit comme étant d'une inconduite notoire, ou comme ayant donné dans sa gestion des preuves d'incapacité ou d'infidélité (art. 444), et qu'un autre soit venu exercer la tutelle à sa place. Dans ce cas, la tutelle ne deviendra pas vacante par sa disparition ; celui qui en était chargé, avant son départ, le sera encore, après, et cette disparition du père ne donnera lieu, par conséquent, à aucune mesure nouvelle.

On comprend que quand la mort de la mère et, par conséquent, l'ouverture de la tutelle seront postérieures à la disparition, cette circonstance ne pourra plus se présenter, et qu'il y aura toujours lieu à l'application de l'article.

IV. — 500. Il existe entre la disposition de notre article et celles des art. 402, 403 et 404, au titre *de la Tutelle,* une contradiction qui donne lieu à controverse parmi les auteurs. D'après ces art. 402, 403 et 404, à défaut de la tutelle du père ou de la mère, les fonctions de tuteur passent, *de plein droit,* à l'ascendant le plus proche. Ici, au contraire, il est dit que la surveillance sera *déférée* aux ascendants (c'est-à-dire à l'un des ascendants) *par le conseil de famille.*

Il est facile d'indiquer la cause de cette contradiction; elle vient de ce que, quand on a rédigé notre article, on ne savait pas encore comment serait organisé le système des tutelles. Tout le monde est d'accord là-dessus; mais on ne l'est pas également, quand il s'agit de savoir à quelle disposition il faudra s'en tenir en définitive. Est-ce à notre art. 142? est-ce à l'art. 402?... Plusieurs jurisconsultes, voyant avec défaveur (et en cela ils ont raison) la disposition par laquelle la loi appelle à la tutelle, sans nomination ni confirmation du conseil de famille, l'ascendant de tel degré ou de telle qualité, n'ont pas hésité à répondre qu'il ne fallait donner effet à cette vocation aveugle, qu'autant qu'un texte ne permettrait pas d'appeler le conseil de famille à déférer lui-même la tutelle, après un choix réfléchi. En conséquence, ils ont décidé que c'était à notre article qu'il fallait s'en tenir.

Nous ne saurions adopter une telle décision qui, sans doute, est fondée sur des motifs très-bons en législation, mais qui ne nous paraît pas fondée en droit. Si la loi sur les tutelles était à faire, il faudrait, nous le pensons du moins, la faire dans le système indiqué par ces jurisconsultes; mais elle est faite, et le système contraire y a prévalu. Il faut donc l'appliquer avec ce système mauvais.

Nous disons que le système contraire a prévalu dans loi; en effet, tout le monde convient que le défaut d'harmonie entre les art. 140 et 402 provient de ce que, lors de la rédaction du premier, on ignorait quel système de tutelle on adopterait; maintenant que l'art. 402 nous indique la volonté du législateur à cet égard, cette volonté doit être suivie, et notre article, dont les expressions sont d'ailleurs assez embrouillées, puisqu'elles appellent le conseil de famille à déférer la surveillance aux ascendants *les plus proches,* doit être expliqué et modifié par l'art. 402.

V. — 501. Pour que des étrangers ne vinssent pas s'immiscer dans les affaires du présumé absent, aussitôt après sa disparition, la loi a voulu qu'on attendît, pour l'exécution des mesures permises par notre article, l'expiration d'un délai de six mois depuis le départ de l'absent. Après ces six mois, l'incertitude de son existence prend, aux yeux de la loi, un caractère de gravité assez fort pour que les mesures dont parle l'article soit mises à exécution.

Toutefois, on comprend, sans qu'il soit besoin de le dire, que le délai pendant lequel la loi suspend ces mesures, pourrait se prolonger. Ce serait si, avant les six mois, on recevait des nouvelles de l'absent. Ces nouvelles feraient disparaître la présomption d'absence pour le temps antérieur à leur date, et ce ne serait qu'à partir de cette date

qu'il faudrait compter les six mois dont notre article parle. Les expressions des art. 115, 120 et 121, que le législateur ne s'est pas donné la peine de répéter à chaque instant, et aussi les dispositions des art. 131 et 132, où l'on met sur la même ligne le retour de l'absent et la *preuve de son existence*, nous indiquent assez que toutes les fois que la loi parle du moment de la *disparition*, il faut ajouter *ou des dernières nouvelles*.

Pendant le temps qui pourra s'écouler depuis le décès de la mère (arrivé après le départ du père) ou depuis ce départ même (si la mère était morte auparavant) jusqu'à l'expiration de ces six mois, la tutelle sera suspendue, les enfants seront surveillés par les parents ou amis à qui ils auraient été confiés par le père ou par la mère, ou qui s'en seraient chargés spontanément. Que si personne n'en était chargé, les art. 112 et 114 donneraient au tribunal et au ministère public, sinon par leur texte, du moins par leur esprit, la mission de s'en occuper.

VI. — 501 *bis*. Comme on l'a dû remarquer à chaque pas dans ce titre, toutes les mesures qui sont prises pendant l'absence ne sont jamais que provisoires, et doivent cesser si l'absent revient. Lors, donc, qu'en vertu de notre article, on aura donné à l'enfant un tuteur autre que son père, parce que le père n'était pas là, le tuteur ne sera que provisoire, comme le dit notre article lui-même, et, si ce père revient, c'est lui qui reprendra la tutelle ouverte par la mort de la mère.

VII. — 502. Nous avons à voir, maintenant, ce qui arrivera dans la troisième hypothèse par nous indiquée au commencement de ce chapitre, et que la loi n'a pas prévue. Nous parlons du cas où la mère viendrait elle-même à disparaître, après la disparition du père.

Quelques auteurs veulent qu'on applique ici notre art. 142, comme si la mère était morte au lieu de disparaître. Nous ne saurions adopter cette décision; elle est en opposition avec les principes de la loi. La mort du père ou de la mère ouvre bien la tutelle, aux termes de l'art. 390; mais il n'en est pas de même de la disparition, comme le prouve l'art. 141, qui ne parle pas de tutelle, mais laisse continuer la puissance paternelle, après la disparition du père. Il faut, pour qu'il y ait lieu à la tutelle, que l'un des deux parents soit mort, ou, au moins, comme nous le verrons ci-dessous, au n° V de l'art. 143, qu'il ait été déclaré absent.

Ici encore, donc, comme dans l'hypothèse précédente, avant l'expiration des six mois, les enfants seraient surveillés par des parents ou amis; ou bien, en cas de besoin, le tribunal, sur la réquisition du ministère public, ordonnerait pour eux les mesures qu'il jugerait convenables, en vertu des art. 112 et 114.

143. — Il en sera de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu, laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.

SOMMAIRE.

I. Cet article ne fait que reproduire, sous une autre forme, la disposition de l'article précédent.
II. Disparition de la mère examinée dans les trois hypothèses réciproques à celles ci-dessus.
III. Résumé du chapitre.
IV. Effets, non indiqués par le Code, de la présomption d'absence, quant aux enfants *majeurs*.
V. Effets, non indiqués encore par le Code, de la *déclaration* d'absence, quant aux enfants mineurs.

I. — 503. Cet article prévoit, pour le cas particulier dont il s'occupe, la disparition soit du père, soit de la mère, puisqu'il nous dit *l'un des époux*. Continuons de parler de la disparition du père, de laquelle la loi s'est jusqu'ici occupée exclusivement; nous parlerons de celle de la mère ensuite.

La loi, comme on le voit, suppose ici que le père, qui a disparu laissant des enfants mineurs, était marié en secondes noces, et c'est des enfants du premier mariage qu'elle s'occupe. Elle nous dit que, dans ce cas, et quant à ces enfants, on appliquera l'article précédent. Cette proposition ne nous apprend rien de nouveau. En effet, puisqu'il s'agit d'enfants d'un premier lit, dont le père est remarié, la conséquence est que leur mère était morte, avant la disparition de ce père. On est donc dans les termes mêmes de l'article précédent, et il n'y avait pas besoin d'un article exprès pour nous dire que cet article précédent s'appliquerait ici. La présence d'une seconde femme, qui n'est qu'une étrangère par rapport aux enfants du premier lit, et à laquelle la loi ne donne nulle part aucun droit, ni sur la personne, ni sur les biens de ces enfants, ne pouvait pas empêcher d'appliquer à ces enfants les règles tracées pour eux.

Du reste, il va sans dire que si, outre ces enfants mineurs d'un premier lit, le père laissait des enfants de son second mariage, on appliquerait pour ces enfants, dont la mère est présente, la disposition de l'art. 141. Que si, plus tard, cette mère venait elle-même à mourir, ce serait le cas d'appliquer, pour ces enfants aussi, l'art. 142.

II. — 504. Occupons-nous maintenant de la disparition de la mère, dont la loi ne parle qu'ici et implicitement seulement; et parlons de chacune des trois hypothèses que nous avons dû prévoir pour la disparition du père.

1° Disparition de la mère, le père continuant de vivre et de rester présent. — Nous avons déjà dit que, d'après les art. 373 et 390, la puissance paternelle proprement dite, dure jusqu'à la tutelle, c'est-à-dire jusqu'à la mort (ou la déclaration d'absence) de l'un des époux, et que cette puissance appartient au père seul, tant qu'il est présent. La disparition de la mère ne produira donc aucun changement (sauf, bien entendu, les effets que produira plus tard la déclaration d'absence, si l'incertitude se prolonge assez pour que cette déclaration soit prononcée.

2° Disparition de la mère, précédée ou suivie, avant la déclaration

d'absence, de la mort du père. — Dans ce cas, la disparition de la mère produira les mêmes effets que produirait, dans la même circonstance, la disparition du père.

Et d'abord, nous avons, pour le cas où la mère veuve s'est remariée, le texte même de la loi qui nous dit, dans notre art. 143, que si l'un des deux époux, la mère comme le père, laisse des enfants mineurs d'un premier lit, il faudra appliquer la disposition de l'art. 142. Ainsi, dans ce cas, la tutelle ouverte par la mort du père, passera à l'ascendant le plus proche, ou, à défaut d'ascendants, sera déférée à tout autre individu par le conseil de famille.

Ce même art. 143 commande encore, par ses termes mêmes, de faire l'application de l'art. 142, au cas où la mère qui a disparu est veuve, non remariée, et aussi au cas où le père, vivant lors de la disparition, vient à mourir avant la déclaration d'absence de la femme. En effet, ce n'est pas comme portant une disposition nouvelle, que cet art. 143 nous est donné. Il nous dit que, dans le cas dont il s'occupe, *il en sera de même* qu'au cas de l'article précédent, nous montrant ainsi que ce qu'il ordonne pour ce cas, c'est ce qui, dans son esprit, doit être fait pour le cas de l'art. 142.

Ainsi, au moyen de cet art. 143, on découvre facilement chez le législateur, malgré le silence gardé par lui jusque-là, la volonté d'appliquer l'art. 142, dans l'hypothèse qu'il prévoit, aussi bien à la disparition de la mère qu'à la disparition du père. Dans ces cas donc, il y aura lieu, conformément à cet art. 142, à déférer la tutelle, soit aux ascendants, soit, à leur défaut, à tout autre parent ou à un étranger; mais on ne pourra le faire, toujours d'après cet art. 142, qu'autant qu'il se sera écoulé six mois depuis la disparition de la mère.

Mais il faut faire ici une remarque semblable à celle que nous avons faite au n° III de l'art. 142, pour le cas où la mort de la mère aurait précédé la disparition du père. Nous avons vu qu'alors il n'y aurait lieu à l'application de notre article, qu'autant que la tutelle aurait appartenu au père, lors de sa disparition, et serait devenue vacante par cette disparition. Ici, également, quand la mort du père aura précédé la disparition de la mère, l'article ne pourra s'appliquer qu'autant que la mère, remariée ou non, était chargée de la tutelle lors de sa disparition.

3° Disparition de la mère, suivie, avant sa déclaration d'absence, de la disparition du père. — Nous avons vu, sous l'article précédent, n° VI, que la disparition du père, suivie de la disparition de la mère, ne donnait point lieu à l'ouverture de la tutelle, et que, dans ce cas, la seule ressource offerte par la loi, c'est d'invoquer l'application des art. 112 et 114, et de faire prendre par le tribunal les mesures nécessaires pour la surveillance des enfants. Il est clair qu'il en serait de même ici, où la position est, non pas seulement *semblable*, mais *identiquement* la même. Nous avons, en effet, dans l'un comme dans l'autre cas, un père et une mère, tous deux en présomption d'absence.

Il faudra, dans cette dernière hypothèse, comme dans la seconde,

appliquer à la disparition de la mère tout ce qui a été dit, sous l'article précédent, pour la disparition du père. La première hypothèse, celle dans laquelle l'époux qui disparaît laisse son conjoint présent, est donc la seule qui présente des différences, selon que cet époux, absent est le mari ou la femme.

III. — 505. Pour nous résumer sur les explications données dans ce chapitre IV, il nous suffira de dire :

Quand un époux ayant des enfants mineurs se trouve en présomption d'absence, de trois choses l'une : ou l'autre époux est resté présent, ou bien il est mort, ou bien il est lui-même en présomption d'absence (il pourrait aussi être absent déclaré; mais nous ne nous occupons ici que de la présomption d'absence; nous allons voir plus loin les effets de la déclaration).

1° Quand le second époux est présent, il faut distinguer si c'est le mari ou la femme. Si c'est le mari qui est resté, il conserve l'autorité qu'il avait, et rien n'est changé à l'état antérieur des choses. Si c'est la femme, la loi lui transporte la puissance qui appartenait au mari, et c'est elle qui est chargée de la surveillance de la personne des enfants et de l'administration de leurs biens.

2° Quand un époux est en présomption d'absence et que l'autre est mort, alors, par la mort de celui-ci, la tutelle de l'enfant s'est ouverte. Mais, comme les fonctions de tuteur, qui devraient appartenir à l'autre époux, ne peuvent pas être exercées par un absent, la tutelle passera soit au plus proche ascendant, soit à l'individu nommé par le conseil de famille. Toutefois, cette mesure ne peut être prise qu'autant que six mois se sont écoulés depuis la disparition et sans nouvelles; jusque-là les mesures que les circonstances rendraient nécessaires seraient ordonnées par le tribunal.

3° Si les deux époux sont en présomption d'absence, il faut encore s'adresser au tribunal pour faire prendre telles mesures qu'il trouvera urgentes, jusqu'à ce qu'une déclaration d'absence de l'un ou de l'autre de ces deux époux vienne ouvrir la tutelle.

IV. — 506. La loi, dans tout notre chapitre, ne parle que d'enfants mineurs : si, en effet, les enfants laissés étaient majeurs, la disparition d'un époux ou de tous deux serait presque indifférente. Après la majorité, l'enfant devient maître de ses biens, et à peu près maître de sa personne. Nous disons *à peu près;* car, même après la majorité, la puissance paternelle produit encore un effet très-important, quant au mariage de l'enfant mâle : c'est d'empêcher cet enfant de contracter mariage avant d'avoir obtenu le consentement de son père, ou de sa mère, si le père est mort ou *dans l'impossibilité de manifester sa volonté,* ou enfin, des aïeuls ou aïeules, si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 148, 149 et 150). Ici donc, se présentera la question de savoir si l'époux présumé absent doit être considéré comme étant dans l'impossibilité de manifester sa volonté; question que nous déciderons plus tard, en expliquant les trois articles que nous venons de citer.

Il faut, pour cela, qu'il s'agisse de *fils;* car, pour les filles, le consentement n'est pas nécessaire après la majorité (art. 148).

V. — 507. Il nous reste à savoir, maintenant, quels seront, quant aux enfants mineurs, les effets de la *déclaration* d'absence.

L'art. 142, en nous disant que la mesure qu'il indique sera prise si la mère est morte, lors de la disparition du père, ou si elle vient à décéder, *avant que l'absence du père ait été déclarée,* nous prouve bien que les trois articles dont se compose le chapitre IV ne s'occupent, comme nous l'avons dit, que de la présomption d'absence; et que, dans la pensée du législateur, certaines mesures, qu'il ne se donne pas la peine d'indiquer, devront être prises, lors de la déclaration d'absence. Mais quelles sont donc ces mesures dont la loi ne parle pas, parce qu'apparemment elle les suppose connues et les regarde comme une conséquence toute naturelle du jugement de déclaration?

Nous avons déjà vu que, dans la théorie de la loi, la déclaration d'absence donne lieu de faire provisoirement tout ce qu'on ferait définitivement, si la mort de l'absent était certaine. Il y aura donc lieu, dans ce cas, à déférer la tutelle, comme on le ferait en cas de mort, d'après les règles tracées plus loin, au titre X, chapitre 2. Ainsi, que ce soit le père qui ait été déclaré absent, ou que ce soit la mère, la tutelle sera ouverte.

Mais il est un cas où elle pourra rester suspendue : c'est celui où le conjoint du déclaré absent est lui-même en présomption d'absence. En effet, on ne pourrait accorder à la déclaration d'absence d'un époux plus d'effet qu'à sa mort. Or, d'après l'art. 142, si l'un des époux est mort et que l'autre soit en présomption d'absence, ce n'est qu'après six mois écoulés sans nouvelles, depuis la disparition de celui-ci, que la tutelle peut être déférée, soit aux ascendants, soit à d'autres.

Du reste, de ce que la déclaration d'absence a pour effet de permettre provisoirement tout ce qui se ferait définitivement, si la mort de l'absent était certaine, et, par conséquent, de permettre la délation provisoire de la tutelle, il n'en faut pas conclure qu'après l'absence déclarée d'un des époux, il y aura toujours et nécessairement lieu à la tutelle. En effet, nous avons vu, sous l'art. 124, que, quand l'absent laisse un conjoint avec lequel il est marié en communauté, la loi offre à ce conjoint un moyen facile d'arrêter les effets de la déclaration d'absence, et de faire naître une présomption de vie, détruisant la présomption de mort qui serait résultée, sans cela, de cette déclaration; nous voulons parler de la faculté qu'a l'époux présent d'opter pour la continuation de la communauté. Si donc l'époux, aujourd'hui déclaré absent, et qui laisse des enfants mineurs, laisse aussi un conjoint commun en biens et à qui appartiennent aussi ces enfants, il faudra, quant au point qui nous occupe, distinguer si ce conjoint présent opte pour la continuation ou pour la dissolution de la communauté. S'il opte pour la dissolution, la déclaration d'absence produit tous ses effets, il faut prendre provisoirement toutes les mesures que l'on prendrait si l'absent était mort; la tutelle est donc ouverte, et le conjoint n'aura la surveillance de ses

enfants mineurs et l'administration de leurs biens qu'en qualité de tuteur, ce qui l'obligera à se soumettre à toutes les règles tracées au titre X, ci-après; par exemple, il faudra qu'on lui donne un subrogé tuteur. Que s'il opte pour la continuation de la communauté, l'absent, par l'effet de cette option, est toujours réputé vivant; la tutelle n'est donc pas ouverte, et le conjoint conserve la surveillance et l'administration, comme exerçant la puissance paternelle, qu'il a toujours eue, si ce conjoint présent est le père, et qu'il a prise, lors de la disparition du père, en vertu de l'art. 141, si ce conjoint est la mère.

508. Mais *quid,* si la communauté n'ayant pas droit sur tous les biens de l'absent, il y a tout à la fois, et continuation de communauté pour les biens sur lesquels frappe cette communauté, et envoi provisoire pour ceux sur lesquels elle ne frappe pas?... Dans ce cas, comme on l'a déjà vu, il y a tout à la fois présomption de vie et présomption de mort, parce que la déclaration d'absence produit tous ses effets pour les biens sur lesquels ne frappe pas la communauté. Pour ceux-là, donc, il y aura tutelle, et l'époux présent devra faire nommer un subrogé tuteur.

Cette décision n'est pas, comme on pourrait le croire, au premier coup d'œil, en opposition avec celle que nous avons donnée sous l'article 124, n° XV, quand nous avons dit que, lorsqu'il y aurait tout à la fois administration légale de l'époux présent et envoi provisoire, l'époux présent ne pourrait pas se présenter des deux côtés pour prendre et les biens de la communauté continuant, en vertu de la présomption de vie, et aussi ses gains de survie, comme envoyé provisoire, en vertu de la présomption de mort. Dans ce dernier cas, en effet, c'est l'époux qui, demandant d'un côté la présomption de vie, serait venu, de l'autre, dire que l'absent devait être présumé mort, et se serait ainsi mis en contradiction avec lui-même. Ici, au contraire, c'est l'époux qui invoque la présomption de vie, mais c'est par les enfants, qui ont un intérêt contraire, que la présomption de mort est invoquée. Cette présomption doit, vis-à-vis d'eux, qui n'ont pas demandé la présomption de vie, avoir tout son effet; il y a donc lieu à la tutelle, quant aux biens en possession desquels ils sont envoyés.

APPENDICE

DES MILITAIRES ABSENTS.

509. L'absence des militaires a donné lieu, avant et depuis le Code civil, à des dispositions exceptionnelles formant pour eux une législation spéciale, abrogée en partie, il est vrai, mais qu'il est cependant utile de connaître.

Ces dispositions se trouvent dans quatre lois dont nous allons présenter ici une analyse succincte.

La première est du 11 ventôse an 2 (1er mars 1794);
La deuxième, du 16 fructidor an 2 (2 septembre 1794);
La troisième, du 6 brumaire an 5 (27 octobre 1796);
La dernière, du 13 janvier 1817.

Les trois premières de ces lois, antérieures à la publication du Code civil, et que cette publication n'a point abrogées, comme nous le prouverons bientôt, avaient pour but de protéger, d'une manière toute particulière, les militaires et autres citoyens attachés au service des armées.

§ 1er. — Lois de ventôse et fructidor an 2.

510. D'après la loi du 11 ventôse an 2, quand il s'ouvrait une succession à laquelle un militaire était appelé, le juge de paix qui avait mis les scellés était tenu d'en avertir ce militaire, s'il savait à quel corps il était attaché, et d'en instruire aussi le ministre de la guerre, afin que celui-ci en fît parvenir la nouvelle au militaire (art. 1). Si, dans le délai d'un mois, l'absent ne donnait pas de nouvelles et n'envoyait pas de procuration, l'agent national (aujourd'hui le maire) de la commune, où la succession s'était ouverte, devait convoquer un conseil de famille, à l'effet de nommer un curateur à l'absent. Ce curateur était chargé de faire lever les scellés et d'administrer les biens de la succession, ou de la part de succession échue au militaire absent, pour lui en rendre compte, s'il revenait (art. 3 et 4).

La loi du 16 fructidor an 2 ne fait qu'étendre ces dispositions de la loi de ventôse à tous les citoyens attachés au service des armées. Nous n'avons donc rien à dire de particulier sur cette loi du 16 fructidor, qui se confond avec celle de ventôse.

Tout le monde n'est pas d'accord sur le sens de cette loi de ventôse an 2, ni sur la question de savoir si elle est encore en vigueur aujourd'hui. D'abord, quant à sa signification, il n'est pas douteux que cette loi fait exception au principe posé par les art. 135 et 136; mais quelle est l'étendue de cette exception? C'est là que le dissentiment commence. Les art. 135 et 136 veulent que, quand un individu sur l'existence duquel il y a incertitude, est appelé à une succession, il soit présumé mort jusqu'à preuve contraire; en sorte que jusqu'à cette preuve, on puisse agir comme si son décès était prouvé. La succession est donc prise alors par ceux qui devaient la recueillir à son défaut. Ces auteurs pensent que la loi de ventôse an 2 établissait au contraire, pour le militaire absent, une présomption d'existence, d'après laquelle on pouvait, sans prouver que le militaire existait, lors de l'ouverture de la succession, réclamer en son nom la part à lui échue dans cette succession. Un arrêt de cassation du 9 mars 1819 semble favoriser cette interprétation; toutefois, il n'y a rien d'explicite sur ce point.

511. Quoi qu'il en soit de cet arrêt, cette interprétation de la loi de ventôse nous paraît erronée. Cette loi faisait bien taire la présomption de mort résultant des art. 135 et 136; mais, selon nous, elle n'établis-

sait, point, en sens contraire, la présomption de vie ; elle laissait régner l'incertitude et se bornait à empêcher ceux qui auraient recueilli la succession, à défaut du militaire absent, de prendre cette succession. La succession restait donc, pour ainsi dire, vacante et devait être administrée par un curateur qui, plus tard, la restituerait à celui qui se trouverait y avoir droit. Ainsi, supposons une succession à laquelle sont appelés *Primus* présent, et *Secundus*, militaire absent. Si l'on appliquait les art. 135 et 136, *Primus* prendrait la succession tout entière, comme si le décès de *Secundus* était prouvé ; au contraire, d'après la loi de ventôse, entendue dans le sens que nous repoussons, *Secundus* aurait été présumé vivant, et, en conséquence, la moitié de cette succession aurait pu être réclamée par ses représentants ; par exemple, par ceux qui (plus tard et en vertu d'une déclaration postérieure d'absence) auraient obtenu l'envoi en possession de ses biens. Tel n'est point, selon nous, le sens de cette loi. D'après elle, *Primus*, à la vérité, ne prendra que sa moitié ; mais l'autre moitié, au lieu d'être prise par les représentants de *Secundus*, sera, pour ainsi dire, vacante et administrée par un curateur, pour que la restitution en soit mieux assurée à *Secundus*, pour le cas où il reviendrait. Que si *Secundus* venait à être déclaré absent, la présomption de mort produirait ses effets ordinaires, en remontant jusqu'au moment de la disparition, et ce serait alors *Primus* qui prendrait cette seconde moitié. Pour reconnaître à la loi de ventôse an 2 un effet plus étendu, pour être fondé à dire qu'elle renverse complétement un principe de droit commun aussi grave que celui des art. 135 et 136, principe préexistant au Code et que ces articles n'ont fait que consacrer, il faudrait que sa disposition fût explicite à cet égard. Une exception ne se sous-entend pas et ne peut jamais être étendue au delà de ses termes.

La loi du 11 ventôse an 2 avait donc seulement pour objet de conserver, d'une manière spéciale et plus efficace, les droits éventuels des militaires absents (1).

512. Maintenant, cette loi de ventôse an 2 a-t-elle été abrogée, ou est-elle encore en vigueur ? Les avis sont fort partagés sur ce point. Les uns prétendent qu'elle a été abrogée par la publication du Code ; mais c'est là une opinion qui a très-peu de partisans et qui, en effet, nous paraît sans fondement. La loi du 11 ventôse an 12, qui ordonne la réunion en un seul corps des diverses lois composant aujourd'hui notre Code civil, n'abroge (art. 7) que celles des lois antérieures, relatives aux matières dont ce Code s'occupe ; or, le Code civil n'a pas dit un mot des militaires absents, dont la position, cependant, de-

---

(1) Rouen, 20 janvier 1817 ; Nancy, 1er mars 1827 ; Bordeaux, 22 mai 1827.

Il a été jugé que lorsqu'une succession à laquelle était appelé un militaire absent, a été partagée sans tenir compte des droits de ce dernier, et que ce partage n'était pas attaqué, on n'était pas recevable, lors du partage ultérieur de la succession de l'un des cohéritiers du militaire absent, à demander qu'il fût préalablement procédé à la liquidation des droits de ce dernier dans la première succession dont le *de cujus* a été l'un des copartageants. Cass., 16 juillet 1862 (Dev., 1863, 1, 152, p. 63, 655).

mande, on ne peut le nier, une législation spéciale. Ce qui nous montre, d'ailleurs, que le Code n'a point abrogé cette loi, c'est qu'en 1807, un décret (du 16 mars) en a ordonné la publication dans les départements transalpins, alors réunis à la France. D'autres disent que c'est par la paix de 1815 qu'a été abrogée cette loi, qui n'était, selon eux, qu'une loi de circonstance et dont les effets ont dû cesser avec les guerres qui l'avaient fait porter. D'autres, enfin, soutiennent qu'elle l'a été par la loi du 13 janvier 1817, qui est venue apporter des dispositions nouvelles sur l'absence des militaires. (Nîmes, 28 janv. 1823).

Quant à nous, la loi de ventôse nous paraît encore en vigueur aujourd'hui. D'abord, nous ne saurions la regarder comme une loi de circonstance. Les cas dont elle s'occupe peuvent se présenter de temps en temps, et l'on n'ira pas, sans doute, demander au pouvoir législatif une loi nouvelle chaque fois qu'une expédition s'apprêtera. D'ailleurs, la loi de 1817, dont nous allons parler bientôt et qu'on nous dit avoir abrogé celle de ventôse an 2, en traçant de nouvelles règles pour l'absence des militaires, n'est relative qu'aux militaires qui ont disparu dans les guerres de 1792 à 1815; tandis que celle de ventôse an 2 est faite pour tous les cas passés et futurs. Enfin, la loi de 1817 n'a fait qu'indiquer des moyens, plus faciles que ceux du Code, pour arriver à la déclaration d'absence des militaires dont elle s'occupe; elle ne prévoit donc pas le même cas que la loi de ventôse, qui ne s'applique qu'autant que l'absence n'est pas déclarée (1).

Ainsi, encore aujourd'hui, pendant la présomption d'absence d'un militaire, ce ne serait pas seulement pour les successions ouvertes avant sa disparition, mais aussi pour celles ouvertes depuis, qu'il y aurait lieu de nommer un curateur; et ce curateur serait, non pas un notaire nommé par le tribunal, comme cela se fait en droit commun, d'après l'art. 113, mais un individu choisi par le conseil de famille que l'on donnerait au militaire.

§ 2. — Loi de brumaire an 5.

513. La loi du 6 brumaire an 5, qui était toute de circonstance, comme son texte même l'indique, prescrivait, dans l'intérêt des militaires absents, diverses mesures tendant à la conservation de leurs droits et de leurs propriétés. — Ainsi, aucune prescription ni péremption d'instance n'a pu s'acquérir contre eux, depuis leur départ jusqu'à l'expiration d'un mois après la publication de la paix générale, ou l'obtention du congé absolu à eux accordé. Ce délai d'un mois augmentait et pouvait être étendu jusqu'à deux ans, selon les lieux où se trouverait le militaire au moment de la publication de la paix (art. 2). — Les jugements prononcés contre ces militaires ne pouvaient donner lieu à aucune expropriation ni dépossession, et ne devaient, du reste, être

---

(1) *Conf.* notamment : Orléans, 12 août 1819; Poitiers, 5 juillet 1826; Bordeaux, 20 nov. 1826.

mis à exécution, qu'à la charge, par le poursuivant, de donner caution de rapporter, le cas échéant (art. 4 et 5).

Ces mesures extraordinaires ont cessé, bien entendu, dans les délais prescrits par la loi même qui les ordonnait, c'est-à-dire un mois (ou tout au plus, et pour quelques-uns seulement, deux ans) après la paix générale, laquelle, comme on sait, a été conclue à Paris, le 30 mai 1814. Toutefois, le délai que cette loi de brumaire avait fixé a été prorogé par celle du 21 décembre 1814, jusqu'au 1er avril 1815, pour tous les militaires non rentrés en France à cette époque du 21 décembre 1814.

§ 3. — Loi de 1817.

514. Le grand nombre de militaires qui avaient disparu dans les guerres qui ont eu lieu depuis 1792 jusqu'en 1815, avait jeté les familles et les biens dans un état d'incertitude et de suspension qui devait appeler l'attention toute spéciale du législateur. La loi du 13 janvier 1817 est venue permettre de faire prononcer, avec des formalités moins difficiles que celles du Code et sous un plus bref délai, leur déclaration d'absence.

1° D'après le Code, la déclaration d'absence d'un individu ne peut être demandée qu'après quatre ans, ou même dix ans, depuis son départ ou ses dernières nouvelles, selon qu'il a, ou non, laissé une procuration (art. 115 et 121), et elle ne peut être prononcée qu'un an plus tard (art. 116 et 119), c'est-à-dire après cinq ou onze ans d'absence. Au contraire, d'après la loi du 13 janvier 1817 (art. 1), les héritiers d'un militaire de terre ou de mer, en activité de service pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 26 novembre 1815, et qui avait cessé, avant cette dernière époque, de paraître à son corps et au lieu de son domicile et de sa résidence, ont pu se pourvoir de suite en déclaration d'absence.

La déclaration a donc pu être demandée, même pour les militaires qui n'avaient disparu qu'en octobre ou novembre 1815, dès cette époque de janvier 1817, c'est-à-dire après quatorze mois seulement depuis leur disparition; et elle a pu être prononcée un an après. Il fallait, cependant, qu'il ne s'agît pas d'un militaire ayant appartenu à un corps ou à un équipage servant hors de l'Europe : dans ce cas, en effet, la déclaration ne pouvait être prononcée qu'après quatre ans depuis la disparition (art. 4). Ainsi, un militaire, même ayant laissé une procuration, a pu, si son corps servait en Europe, être déclaré absent, en vertu de l'art. 4 de cette loi, après deux ans et deux mois depuis sa disparition; tandis qu'il n'aurait pu l'être qu'après onze ans, d'après le Code civil. Mais, dans ce cas d'une procuration, les envoyés en possession seraient tenus, si l'absent reparaissait, de restituer la *totalité* des fruits perçus pendant les dix premières années d'absence (art. 9).

2° Les enquêtes exigées par le Code civil (art. 116) ne sont, d'après

ce même art. 4 de la loi de janvier 1817, que facultatives pour le tribunal, à l'égard des militaires dont cette loi s'occupe.

3° La publicité par insertion au *Moniteur* (1), qu'exige l'art. 118 du Code pour le jugement qui prononce l'absence, n'est point exigée par la loi de 1817. Elle ne l'est point, non plus, pour le jugement qui aurait ordonné des enquêtes, si le tribunal avait trouvé bon d'en faire; mais elle est exigée (art. 2) pour la *demande* en déclaration, tandis que le Code ne l'impose point quant à cette demande.

515. Des auteurs ont vu une dérogation apportée au Code civil, par cette loi de janvier 1817, dans la faculté, que donne son art. 5, de prouver *par témoins* le décès des militaires dont cette loi s'occupe. Nous ne partageons pas leur manière de voir. Cet art. 5, en effet, ne permet la preuve testimoniale du décès qu'autant qu'il n'a pas été tenu de registres, ou que les registres ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou, enfin, lorsque la tenue des livres a éprouvé des interruptions. Or, on a vu (art. 46, n^{os} I et II) que, dans ce cas, la preuve testimoniale est admise par le Code civil lui-même. Aussi, cet art. 5 de la loi de 1817 nous dit-il que, dans les circonstances qu'il prévoit, la preuve testimoniale du décès pourra être ordonnée *conformément à l'art. 46 du Code civil.*

Cette loi n'était relative, comme on l'a vu, qu'aux militaires qui avaient disparu avant le 20 novembre 1815; ceux donc, qui ont pu disparaître postérieurement, sont restés et restent soumis au droit commun, c'est-à-dire aux dispositions du Code, quant à la déclaration d'absence (nous disons *quant à la déclaration d'absence;* car, tant qu'ils ne seraient qu'absents présumés, c'est la loi du 11 ventôse an 2, comme on l'a dit plus haut, qu'il faudrait appliquer) (2).

RÉSUMÉ DU TITRE QUATRIÈME

DES ABSENTS.

I. — On appelle *absent,* dans ce titre, l'individu sur l'existence duquel règne une complète incertitude, parce qu'il a disparu sans qu'on sache ce qu'il est devenu; ou qu'étant parti au su de ses parents ou amis, il a tout à coup cessé de donner de ses nouvelles. Mais ce n'est là que le sens générique du mot *absent*. En effet, on donne plus spécialement ce nom à celui dont l'absence a été déclarée par un jugement exprès; tandis que les autres sont dits simplement *présumés absents*.

---

(1) Actuellement au *Journal officiel*.

(2) La loi du 9 août 1871 a remis en vigueur la loi du 13 janv. 1817 pour constater judiciairement le sort des Français ayant appartenu aux armées et qui ont disparu depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au 31 mai 1871.

L'absence produit des effets différents, selon qu'elle a été déclarée ou qu'elle n'est que présumée. Toutefois, quelques effets sont communs à la présomption et à la déclaration d'absence. L'absence des militaires donne lieu à quelques mesures toutes particulières.

En conséquence, nous partagerons en quatre chapitres ce que nous avons à dire pour résumer ce titre.

Le premier traitera de la présomption d'absence et de ses effets;

Le deuxième, de la déclaration d'absence et de ses effets;

Le troisième, des dispositions communes à la présomption et à la déclaration d'absence;

Le quatrième, des règles spéciales tracées par la loi pour l'absence des militaires.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE ET DE SES EFFETS.

II. — Un individu est en présomption d'absence dès qu'il y a incertitude sur son existence. C'est aux tribunaux à constater cette incertitude.

La présomption d'absence cesse donc quand l'incertitude cesse, et, en outre, quand l'absence proprement dite vient lui succéder. Ainsi, elle finit de trois manières : 1° par la preuve de l'existence; 2° par la preuve du décès; 3° par la déclaration d'absence.

Nous allons examiner les effets de la présomption d'absence, 1° quant aux biens laissés par l'absent; 2° quant aux enfants mineurs de cet absent.

§ 1er. — Effets de la présomption d'absence quant aux biens.

III. — Si, pendant la présomption d'absence, il n'existe point de procureur laissé par l'absent, ou que celui qu'il aurait laissé n'ait pas des pouvoirs assez étendus; si, en un mot, l'administration des biens ou des affaires de l'absent se trouve en souffrance, les divers intéressés (par exemple, des créanciers voyant dépérir les biens qui forment leur gage; des locataires réclamant des réparations; des coassociés ou des cohéritiers de l'absent, pour la liquidation d'une société ou d'une succession); ou bien, à défaut des parties intéressées, le procureur de la République, peuvent s'adresser au tribunal, pour faire prendre les mesures nécessaires (art. 112).

Le tribunal, soit sur la demande des parties intéressées, soit sur la réquisition d'office du procureur de la République, pourra ordonner toutes les mesures qu'il jugera convenables : la loi, dans ce cas, ne précisant rien et laissant ainsi la plus grande latitude aux juges. Si cependant il s'agissait d'inventaires, comptes, liquidations ou partages, ce serait alors nécessairement un notaire qu'il faudrait commettre (article 113).

Le tribunal compétent pour ordonner les mesures sera celui de la situation des biens pour lesquels les mesures sont demandées, ou du lieu de l'établissement de la société ou de l'ouverture de la succession. Toutefois, ce tribunal ne pourra rien ordonner qu'après que celui du domicile de l'absent aura constaté, par jugement, que l'individu est véritablement en présomption d'absence (art. 112).

§ 2. — Effets de la présomption quant aux enfants mineurs de l'absent.

IV. — Quand un absent présumé a laissé des enfants mineurs, il faut distinguer trois cas; ou : 1° son conjoint est vivant et présent; ou 2° ce conjoint est mort; ou 3° il est lui-même en présomption d'absence.

1° Quand un des époux est absent et l'autre présent :

Si c'est la femme qui est absente, et le mari présent, celui-ci conserve sur les enfants la puissance qu'il avait, et l'absence de la femme ne produit aucun effet (art. 143, n° II); si c'est la femme qui est présente, l'absence du mari fait passer sur sa tête l'autorité que celui-ci exerçait. C'est elle qui est chargée de la surveillance des enfants et de l'administration de leurs biens. Elle a, pour cette administration, malgré sa qualité de femme mariée, la capacité qu'aurait le mari lui-même; sauf, toutefois, quant aux droits de correction, dont l'exercice est toujours plus restreint pour elle que pour le mari (art. 141).

Comme compensation des charges qui lui sont imposées alors, la mère a l'usufruit des biens de ses enfants, comme l'avait le père avant sa disparition (*ibid.*).

2° Quand l'un des parents est en présomption d'absence, et l'autre mort :

La tutelle est alors ouverte (puisqu'elle s'ouvre par le décès du prémourant des père et mère). Il n'y a plus alors à distinguer lequel des époux est absent; mais il y a une autre distinction à faire. En effet, si la tutelle était déjà ouverte avant la disparition de l'absent, et que, pour une cause quelconque, elle eût été déférée à un autre que lui, il est clair que sa disparition ne produit aucun effet, la surveillance des enfants et l'administration de leurs biens restant au tuteur qui en était chargé, lors de cette disparition. Mais, si la mort du conjoint de l'absent, et, par conséquent, l'ouverture de la tutelle, sont postérieures à la disparition de cet absent, ou bien si la tutelle ouverte avant cette disparition était exercée par le parent aujourd'hui absent, et est ainsi devenue vacante, il y a lieu de déférer la tutelle d'après les règles ordinaires.

Toutefois, cette délation de la tutelle ne peut avoir lieu qu'autant qu'il s'est écoulé six mois depuis la disparition de l'absent. Pendant ces six mois, aucune mesure spéciale n'est indiquée par la loi, mais elle permet au tribunal d'ordonner toutes celles qu'il trouverait urgent de prendre (art. 142 et 143, n° II).

3° Quand les deux époux sont l'un et l'autre en présomption d'absence :

Aucune mesure n'est encore spécialement indiquée par la loi, qui laisse seulement au tribunal la faculté dont nous venons de parler (*ibid.*).

CHAPITRE II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE ET DE SES EFFETS.

V. — La déclaration d'absence peut être demandée, tantôt après dix ans, tantôt après quatre ans de présomption d'absence. Elle ne peut l'être qu'après dix ans, quand l'absent a prouvé, en laissant une procuration, qu'il avait l'idée de s'éloigner pour longtemps; elle peut l'être après quatre ans, quand il n'a pas laissé de procuration (art. 115 et 121).

La déclaration d'absence peut être demandée : 1° par ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès. En première ligne sont les héritiers présomptifs du jour de la disparition ou des dernières nouvelles; puis des donataires de biens à prendre à la mort de l'absent; des donataires avec clause de retour pour le cas de prédécès de l'absent; des nus propriétaires de biens dont l'usufruit appartient à l'absent, etc. (art. 120 et 123). — 2° d'office, par le procureur de la République, si cette mesure lui paraît être dans l'intérêt de l'absent (art. 123, n° III).

La demande se porte au tribunal du domicile de l'absent, lequel peut, malgré le laps de quatre ans ou de dix ans sans nouvelles, la rejeter purement et simplement, s'il aperçoit des circonstances qui expliquent ou rendent moins étonnant le silence du présumé absent (art. 115 et 116).

Alors même que le tribunal juge qu'il y a lieu de donner suite à la demande, il ne peut pas prononcer immédiatement la déclaration. Il ordonnera par jugement qu'une enquête soit faite, tant dans l'arrondissement du domicile, que dans celui de la résidence, s'il est distinct; et ce jugement sera renvoyé au ministre de la justice, qui le rendra public par insertion au *Moniteur* (1). C'est seulement un an après la date de ce premier jugement, que celui portant déclaration d'absence pourra être rendu, s'il n'est survenu aucun renseignement qui doive l'empêcher (art. 116 et 119).

Le jugement de déclaration d'absence sera aussi envoyé au ministre de la justice, qui le rendra public comme le premier (art. 118).

L'absence proprement dite, ou absence déclarée, laquelle commence au jugement qui la déclare, ne peut finir qu'avec la cessation de l'incertitude sur l'existence, c'est-à-dire : 1° par la preuve de l'existence de l'absent; 2° par la preuve de son décès.

Elle se divise en deux périodes. Dans la première il y a lieu :

Soit 1° à l'envoi provisoire en possession de tous les biens de l'ab-

---

(1) Actuellement au *Journal officiel*.

sent; soit 2° à l'administration légale de l'époux présent, aussi pour tous les biens de l'absent, soit 3° tout à la fois, à l'envoi provisoire, pour une partie des biens, et à l'administration légale du conjoint, pour l'autre partie.

Dans la deuxième période, il n'y a lieu qu'à une seule mesure, c'est l'envoi définitif en possession des biens de l'absent.

SECTION PREMIÈRE

PREMIÈRE PÉRIODE. — 1° ENVOI PROVISOIRE SEULEMENT; OU 2° ADMINISTRATION LÉGALE SEULEMENT; OU 3° ENVOI PROVISOIRE ET ADMINISTRATION LÉGALE SIMULTANÉMENT.

VI. — L'effet de la déclaration d'absence est de faire supposer l'individu mort et de permettre, provisoirement, tout ce qui se ferait définitivement, si son décès avait eu lieu, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. En conséquence, les héritiers présomptifs de l'absent au jour de cette disparition, ses légataires et tous autres ayant, sur tout ou partie de ses biens, des droits subordonnés à son décès, peuvent se faire envoyer provisoirement en possession des biens sur lesquels ils ont droit (art. 120 et 123).

Toutefois, il est un cas où cet envoi en possession peut se trouver empêché; c'est celui où l'absent laisse un époux marié avec lui en communauté. Cette communauté, si la déclaration d'absence produisait toujours son effet, serait dissoute provisoirement; mais la loi accorde à l'époux présent la faculté de demander qu'elle continue comme si l'existence de l'absent était prouvée, et d'arrêter ainsi l'envoi en possession des divers intéressés (art. 124).

L'époux présent se trouve alors l'*administrateur légal* des biens de l'absent. Cette option de l'époux présent, et l'administration légale qui en est la suite, sont possibles toutes les fois qu'il y a communauté, soit légale, soit conventionnelle, soit même combinée avec un autre régime. Mais elles n'ont lieu, bien entendu, que sur les biens sur lesquels la communauté frappe; en sorte que, quand il y a, tout à la fois, communauté pour certains biens et un autre régime pour les autres, il peut y avoir, tout à la fois, administration légale pour les premiers et envoi provisoire pour les autres (*ibid.*).

Examinons les trois cas différents qui peuvent se présenter.

§ 1er. — Envoi en possession pour tous les biens de l'absent.

VII. — Quand le déclaré absent ne laisse pas d'époux commun en biens, ou quand l'époux commun opte pour la dissolution de la communauté, il y a lieu de faire, sans restriction (mais provisoirement seulement, bien entendu), tout ce que l'on fera s'il était prouvé que l'absent est mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Ainsi, celui qui était héritier présomptif de l'absent à ce moment de la disparition ou des dernières nouvelles; les légataires,

s'il en existe; le donataire d'un bien donné par l'absent pour être pris à sa mort, etc., etc., sont mis, chacun selon son droit, en possession des biens de l'absent.

Si quelqu'un de ces ayants droit était mort depuis la disparition ou les dernières nouvelles, la possession serait prise par ses représentants. Que si, après l'envoi en possession, ceux qui l'ont obtenu venaient à mourir, cette possession passerait, bien entendu, à leurs représentants ou ayants cause (art. 123).

Si, plus tard, il était prouvé que la possession a été obtenue à tort par l'un des envoyés; si, par exemple, il se présentait un individu plus proche héritier que celui qu'on avait cru héritier présomptif, ou si d'autres légataires montraient un testament révoquant celui en vertu duquel tel et tel s'étaient présentés, la possession appartiendrait à ces véritables ayants droit, qui auraient, pour la réclamer, trente ans à partir de la déclaration d'absence (*ibid.* et art. 130).

VIII. — Pendant l'envoi provisoire, les divers ayants droit qui l'ont obtenue se trouvent les représentants de l'absent et ses administrateurs responsables, chacun en ce qui le concerne, et avec des droits et des devoirs plus ou moins étendus, selon le titre en vertu duquel la possession lui a été accordée. Ainsi, ceux qui ont obtenu l'envoi comme héritiers ou comme légataires universels, et qui ont, par conséquent, succédé provisoirement à l'universalité de ses droits, représentent l'absent d'une manière générale et absolue. Ceux, au contraire, qui ne prennent qu'un ou plusieurs biens particuliers, comme un donataire, un légataire à titre particulier, etc., ne le représentent que quant aux biens qu'ils ont pris (art. 124).

En conséquence, ce sont ces divers envoyés qui ont, chacun en ce qui le concerne, capacité pour défendre aux actions qu'on peut avoir à exercer contre l'absent et, réciproquement, pour intenter celles qui peuvent compéter à l'absent contre des tiers (*ibid.*).

Du reste, les envoyés étant simples administrateurs et non pas propriétaires, ne peuvent ni aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent, si ce n'est en vertu de jugement. La loi veut, en outre, que les meubles eux-mêmes ne soient vendus qu'autant que le tribunal l'ordonnerait (art. 125, 126, 128).

IX. — Ce principe, quand l'absent laissera un époux commun en biens, produira des effets différents, selon que l'époux absent sera le mari ou la femme. En effet, le mari, tant que la communauté dure, est ***administrateur maître*** de cette communauté; si donc c'est lui qui est absent, les biens de la communauté, que la femme prendra, se trouvent être des biens de l'absent, auxquels, dès lors, notre principe s'appliquera. Au contraire, si c'est la femme qui est absente, les biens pris par le mari dans la communauté ne seront pas des biens de l'absent; car le mari les aurait et pourrait en disposer, quand même la femme serait présente. Le principe ne s'appliquerait donc pas à ces biens, et le mari les aliénerait valablement; pourvu, si c'étaient des immeubles, que ce ne fût pas à titre gratuit; car si l'envoi

provisoire ne diminue pas les droits du mari, il ne peut pas les augmenter; or, d'après les règles de la communauté, le mari ne peut aliéner les immeubles communs qu'à titre onéreux (art 124, n° XVIII).

X. — Pour garantir et leur administration et la restitution qu'ils pourront avoir à faire plus tard, les envoyés seront tenus de donner une caution valable qui est discutée par le procureur de la République et reçue par le tribunal. Cette caution doit être exigée de tout envoyé, même de l'époux commun en biens, sans distinction entre le mari et la femme; le mari, en effet, peut avoir à restituer, sinon à la femme, du moins aux héritiers de celle-ci (art. 120, 123 et 124).

Avant d'entrer en possession, les envoyés doivent, en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix par lui requis, faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres appartenant à l'absent. Quant aux immeubles de l'absent, les envoyés pourront, s'ils le veulent, en faire constater l'état par un expert nommé par le tribunal. Les frais du rapport seront pris sur les biens de l'absent. A défaut de cette constatation, l'envoyé sera réputé avoir pris les biens en bon état : ce serait à lui de faire la preuve du contraire (art. 126).

XI. — La qualité de représentant de l'absent empêcherait les divers envoyés de prescrire contre l'absent; et ce, avec plus ou moins d'étendue, selon le titre en vertu duquel l'envoi a été obtenu. Ainsi, l'héritier présomptif ne pourrait rien prescrire; car il est obligé d'arrêter toute prescription. Au contraire, un donataire qui ne peut prescrire l'immeuble qu'il détient et qu'il doit rendre à quelque époque que l'absent reparaisse, pourrait très-bien prescrire, par exemple, la créance que l'absent a sur lui (art. 128, n° IV).

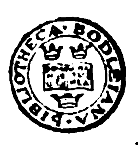
XII. — Pour que l'envoi provisoire ne devienne pas une occasion de ruine pour les envoyés, la loi laisse à ces envoyés une certaine quantité de fruits par eux perçus, et cette quantité est de plus en plus considérable, à mesure que la présomption de mort devient plus forte. Ainsi, les envoyés ne rendent qu'un cinquième de ces fruits, quand la restitution se fait dans les quinze ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles; un dixième, si elle se fait après ces quinze ans; ils gardent tout, quand elle a lieu après trente ans depuis la déclaration d'absence, ou cent ans depuis la naissance de l'absent (art. 127).

XIII. — L'envoi provisoire finit, d'abord, par les causes qui font cesser l'absence, c'est-à-dire, 1° par la preuve de l'existence de l'absent; ou 2° par la preuve de son décès; puis 3° par l'envoi définitif.

§ 2. — Administration légale pour tous les biens de l'absent.

XIV. — Quand l'absent laisse un époux commun qui opte pour la continuation de la communauté, et que cette communauté frappe sur tous les biens de l'absent, l'option de l'époux arrête l'exercice de tous les droits subordonnés au décès de cet absent et empêche tout envoi en possession de ces biens (art. 124).

Au surplus, l'option pour la continuation faite par la femme ne lui



enlève point le droit de renoncer ensuite à la communauté, lors de sa dissolution (*ibid.*).

L'époux présent devient, par cette option, administrateur des biens de son conjoint, sans être tenu de donner caution; mais il doit, comme les envoyés en possession, faire faire inventaire du mobilier et des titres de l'absent. On sait que les meubles et titres de la communauté sont ceux *de l'absent,* quand cet absent est le mari; mais qu'il en est autrement, quand c'est la femme qui est absente (*ibid.*).

XV. — Les droits d'administration de l'époux présent sont différents, selon que cet époux est le mari ou la femme.

La femme ne peut aliéner ni les immeubles ni les meubles, soit personnels au mari, soit appartenant à la communauté. Au contraire, le mari, qui ne peut aliéner, il est vrai, aucun bien personnel à la femme, peut très-bien aliéner les meubles et même (pourvu que ce ne soit pas à titre gratuit) les immeubles de la communauté. Tandis, en effet, que la femme ne puise que dans le titre *de l'Absence* ses droits d'administration, le mari, lui, a, d'après le droit commun, des pouvoirs très-étendus, qu'il conserve tant qu'une disposition spéciale de ce titre *de l'Absence* ne les lui enlève pas (*ibid.*).

XVI. — La continuation de la communauté, et l'administration légale qui en résulte, peuvent finir de six manières : 1° par la preuve de l'existence de l'absent; 2° par la preuve de son décès (dans ces deux cas, l'absence finit en même temps que l'administration légale); 3° par le laps de trente ans depuis la déclaration d'absence, ou de cent ans depuis la naissance de l'absent; 4° par la renonciation de l'époux à cette continuation; 5° par la mort de cet époux présent; 6° par sa propre déclaration d'absence.

Dans le premier cas, la communauté se trouve en réalité avoir duré et durer encore; dans le deuxième, on a la preuve de sa dissolution; dans les quatre autres, la loi (provisoirement et sauf preuve contraire) présume la dissolution à partir du jour même de la disparition ou des dernières nouvelles.

Quand la dissolution est prouvée ou présumée, on partage la communauté dans l'état où elle était au jour de cette dissolution; et alors le conjoint administrateur ou ses héritiers (si c'est par sa mort que finit son administration) ou les envoyés en possession de ses biens (quand c'est par sa déclaration d'absence), gardent les quatre cinquièmes ou les neuf dixièmes ou la totalité des fruits que la moitié de communauté appartenant à l'absent a produits depuis le jour de la dissolution jusqu'au moment où cette moitié est restituée. Bien entendu, si c'est en vertu d'une dissolution simplement présumée que se font ce partage de la communauté et cette rétention d'une partie des fruits produits par la moitié que l'on restitue, ce partage et cette rétention ne sont que provisoires et ne se font que sauf à prendre plus tard, s'il y a lieu, des mesures différentes (art. 124, nos VI-XIII).

§ 3. — Envoi provisoire pour quelques-uns des biens de l'absent et administration légale pour les autres.

XVII. — Quand l'absent laisse un époux commun, mais que quelques-uns des biens de cet absent n'entrent en communauté, ni quant à la propriété, ni quant aux revenus, et sont soumis à un autre régime, la continuation de la communauté ne peut pas être demandée quant à ces biens, puisque, quant à eux, cette communauté n'existe pas. En conséquence, l'époux présent, s'il opte pour cette continuation, devient bien administrateur légal pour ceux des biens sur lesquels la communauté frappe; mais quant aux autres, l'envoi provisoire ne peut être empêché.

Il faudra donc, en même temps, appliquer aux premiers tout ce que nous venons de dire au paragraphe précédent et aux seconds, tout ce qui a été expliqué au § 1er.

Notons toutefois cette exception, que l'époux qui prendrait ou conserverait l'administration d'une partie des biens de l'absent, comme soumis à la communauté dont il demande la continuation, ainsi qu'il a été dit au § 2, ne pourrait venir, en même temps, en vertu de l'envoi provisoire qui a lieu pour les biens non soumis à cette communauté, exercer ses gains de survie sur un ou plusieurs de ces biens. La raison en est que cet époux ne peut pas invoquer, tout à la fois, les deux présomptions contradictoires de vie et de mort (art. 124, XV).

N. B. — Nous avons vu au chapitre Ier, § 2, quels étaient, relativement aux enfants mineurs de l'absent, les effets de la présomption d'absence; il nous faut dire ici un mot des effets que le jugement de déclaration d'absence produira quant à ces mêmes enfants.

La déclaration d'absence produit provisoirement les effets que la mort produira définitivement.

En conséquence, quand un des époux vient à être déclaré absent, la tutelle s'ouvre et appartient à l'autre époux, conformément aux règles de la tutelle.

Si, cependant, l'époux absent était commun quant à tous ses biens et que son conjoint optât pour la continuation de communauté, cette option arrêtant les effets de la déclaration d'absence et faisant disparaître la présomption de mort, il n'y aurait plus lieu à la tutelle : ce serait tout simplement la puissance paternelle qui continuerait et serait conservée ou prise par l'époux présent.

Que si la communauté frappait sur certains biens seulement et que les autres n'y fussent pas soumis, il y aurait tutelle quant à ces derniers; et par conséquent obligation, quant à eux, de faire nommer un subrogé tuteur (art. 143, V).

SECTION II

DEUXIÈME PÉRIODE. — ENVOI DÉFINITIF.

XVIII. — 1° Quand il s'est écoulé trente ans depuis la déclaration d'absence, soit que l'envoi provisoire ait été demandé de suite après cette déclaration, soit qu'il ne l'ait été que quelques années après; ou 2° quand il s'est écoulé cent ans depuis la naissance du déclaré absent, quelque court que soit alors le laps de temps écoulé depuis la déclaration d'absence :

Les cautions fournies par les envoyés en possession, si l'envoi provisoire a eu lieu, sont de plein droit, et sans qu'il soit besoin de jugement, déchargées de toute responsabilité; puis, qu'il y ait eu ou non envoi provisoire, tous ceux à qui les biens laissés par l'absent appartiendraient, si cet absent était mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, peuvent se faire envoyer définitivement en possession de ses biens, par un jugement que le tribunal de première instance peut rendre de suite, ou seulement après enquêtes, selon qu'il le trouve convenable (art. 129).

XIX. — L'envoi définitif rend les envoyés propriétaires des biens sous la condition que, 1° en cas de restitution à faire, soit à l'absent, si son existence venait à être prouvée, soit à d'autres ayants droit, leur propriété sera résolue quant aux biens qui se trouveraient encore entre leurs mains; et 2° qu'ils restitueront, en outre, tout ce qui se trouverait leur provenir des aliénations par eux faites des biens de l'absent (art. 132).

Pendant l'envoi définitif, les envoyés gardent la totalité des fruits qu'ils perçoivent (art. 127).

XX. — Nous avons déjà dit que les héritiers présomptifs, et autres ayants droit à la possession des biens laissés par l'absent, pourront, s'ils n'avaient pas réclamé cette possession, agir, pour se la faire restituer, pendant trente ans à partir de la déclaration d'absence. Mais cette règle ne s'applique qu'aux ayants droit autres que les descendants de l'absent : ceux-ci, en effet, par un privilége tout spécial, peuvent agir encore à cette fin pendant trente ans à partir de l'envoi définitif (art. 133).

Il se pourrait même que cette restitution de la possession fût demandée valablement après plus de trente ans depuis l'envoi définitif. C'est dans le cas où une seconde absence viendrait succéder à la première, parce qu'il serait prouvé (par exemple, par des enfants que l'absent aurait eus pendant son absence), non pas que l'absent existe encore, ni qu'il est mort, mais qu'il vivait encore à telle époque, il y a quinze ans, il y a vingt ans, etc. Alors même que cette preuve ne serait administrée que quarante ou cinquante ans après l'envoi définitif, elle rendrait sans effet, pour l'avenir, la déclaration d'absence obtenue à un moment où l'absent vivait encore; on se trouvera donc en simple présomption d'absence, et pourvu que le droit de demander une nou-

velle déclaration ne soit pas prescrit, l'enfant pourra la provoquer et obtenir la possession des biens (art. 131).

N. B. — Il est une règle fort importante et qu'on ne doit jamais perdre de vue. C'est que toutes les mesures auxquelles donne lieu la déclaration d'absence (l'envoi provisoire, la continuation provisoire de communauté, l'envoi définitif) n'ont jamais lieu que sauf à être révoquées, si plus tard la réalité est découverte et se trouve en opposition avec les suppositions de la loi.

En effet, la propriété des biens de l'absent ne peut être fixée qu'autant qu'on arrive à la preuve, soit de la mort, soit de son existence.

Par sa mort, sa succession est ouverte ; ce sont ceux qui étaient héritiers au jour de cette mort, ou leurs représentants, qui peuvent s'ils ne sont pas possesseurs des biens, intenter, en prouvant le décès, la pétition d'hérédité. Ils ont pour cela trente ans, à partir du jour du décès ; après ces trente ans, le droit serait prescrit (art. 130).

Quand on acquiert la preuve de l'existence de l'absent, c'est à lui, bien entendu, que reste la propriété des biens, et il peut, lui, les reprendre à quelque époque qu'il reparaisse, puisque les envoyés en possession ne sauraient, on le sait, prescrire contre lui (art. 131).

De même, pour la communauté, sa continuation apparente est non avenue, s'il vient à être prouvé qu'elle est vraiment dissoute, réciproquement, sa dissolution provisoire et les effets qu'elle a produits sont annulés, s'il se trouve constant, ou qu'elle dure encore, ou qu'elle a bien été dissoute, mais à une époque autre que celle de cette dissolution présumée (art. 124).

CHAPITRE III

DES EFFETS COMMUNS A LA PRÉSOMPTION ET A LA DÉCLARATION D'ABSENCE ; OU DES CONSÉQUENCES RÉSULTANT DE LA SEULE INCERTITUDE SUR L'EXISTENCE.

SECTION PREMIÈRE

EFFETS DE L'ABSENCE QUANT AUX DROITS QUI PEUVENT ÉCHOIR A L'ABSENT.

XXI. — Pour réclamer un droit quelconque, il faut prouver que les conditions sous lesquelles ce droit devait nous appartenir sont accomplies. Lors donc qu'il s'ouvre, pendant l'absence d'une personne, des droits subordonnés à la condition qu'elle existerait lors de leur ouverture, ces droits ne peuvent être réclamés par aucun représentant ni ayant cause de cette personne, puisque aucun d'eux ne peut prouver qu'elle existe. Quant à ces droits, par conséquent, le résultat est le même (du moins provisoirement) que si cette personne était morte (art. 135).

Ainsi, la succession à laquelle un absent serait appelé, passera à tous ceux qui doivent la recueillir à son défaut ; ainsi, encore, une somme

d'argent, léguée à un individu qui se trouve absent lors de la mort du testateur, sera gardée par l'héritier, etc. (art. 136).

Mais cela n'aura lieu, bien entendu, que provisoirement et sauf à l'absent, ses représentants ou ayants cause, de venir postérieurement réclamer le droit, en prouvant que la condition d'existence s'est réellement accomplie, et pourvu qu'ils agissent dans les délais de la prescription (art. 137).

Du reste, en restituant les biens, celui qui avait exercé le droit à défaut de l'absent, gardera tous les fruits par lui perçus pendant tout le temps qu'il a pu se croire propriétaire (art. 138).

SECTION II

EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

XXII. — On ne peut contracter un second mariage qu'après la preuve faite de la dissolution du premier, et cette dissolution n'a lieu que par la mort, naturelle (ou civile), d'un des époux. Le conjoint d'un absent ne peut donc licitement se marier; car il n'est pas certain que son conjoint soit mort. Mais, d'un autre côté, si, par fraude ou erreur, l'officier de l'état civil a procédé à son mariage, on ne peut pas le faire annuler; car il n'est pas certain que le premier conjoint soit vivant (art. 139).

Mais, dès que l'absence cesse et qu'on a la preuve de l'existence du conjoint, le second mariage peut être attaqué, soit par les époux, soit par tous autres ayant intérêt à le faire, soit par le ministère public, soit même par le mandataire qu'avait laissé l'absent (*ibid.*)

CHAPITRE IV

DES MILITAIRES ABSENTS.

XXIII. — Une loi du 6 brumaire an 5, abrogée depuis longtemps, avait ordonné, dans l'intérêt des militaires absents, des mesures extraordinaires qui ont cessé dans les délais accordés par cette loi, et prolongés ensuite par celle du 21 décembre 1814.

Mais il en est deux autres, antérieures à celle-ci, encore en vigueur aujourd'hui, et qui apportent une importante modification au droit commun sur la présomption d'absence. La seconde, du 16 fructidor an 2, ne fait qu'étendre aux divers employés des armées les dispositions portées pour les militaires par la première, qui est du 11 ventôse de la même année (*Appendice*).

Cette loi de ventôse an 2, dérogeant au principe dont nous avons parlé à la section Ire du chapitre précédent, veut que, dans le cas de succession échue à un militaire présumé absent, cette succession, au lieu d'être recueillie par celui à qui elle appartiendrait à défaut de ce militaire, soit administrée par un curateur, dans l'intérêt de ce militaire, pour lui être conservée et remise, s'il revient avant d'être absent.

Ce curateur est choisi par un conseil de famille que convoque le maire de la commune (*ibid.*)

Quant à la déclaration d'absence, une loi de 1817 (13 janvier) est venue permettre de l'obtenir sous de plus brefs délais et avec des formes moins dispendieuses que ceux du Code, non pas pour tous les cas passés et à venir, mais pour les militaires qui ont disparu dans les guerres ayant eu lieu depuis 1792 jusqu'au traité de paix de 1815. Les dispositions de cette loi ne sont que transitoires et ne s'appliqueront probablement pas souvent désormais (*ibid.*).

Il va sans dire que les militaires restent soumis à toutes celles des dispositions du droit commun, auxquelles il n'a pas été expressément dérogé pour eux.

TITRE V

DU MARIAGE.

516. La reproduction de l'espèce est une des lois de notre nature. D'ailleurs, et même abstraction faite de cette première considération, on sent encore que l'homme ne fut pas créé pour vivre isolé; l'homme n'est, par lui seul, qu'un être incomplet, qui ne forme un tout que par son union avec la femme; et celle-ci, réciproquement, formée pour l'homme et d'une partie même de l'homme, n'est plus sans lui que comme une branche séparée de son tronc : *Non est bonum,* dit le Créateur, après la formation d'Adam, *non est bonum, hominem esse solum, faciamus ei adjutorium simile sibi.*

C'est pour la combinaison de leurs qualités diverses et corrélatives, par une douce réciprocité d'amitié, de secours et d'assistance, que l'homme et la femme deviennent assez forts pour porter comme il convient le fardeau de la vie, parfois si pesant, et pour gagner ainsi l'immortalité, unique fin de notre existence ici-bas.

Or, procréer des enfants et s'assister mutuellement, tel est le double but du mariage.

L'orateur du Gouvernement a donc donné du mariage une définition exacte et complète, quand il a dit, au Tribunat, qu'il est « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, et pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, en partageant leur commune destinée. »

517. A un acte d'une aussi haute importance pour l'homme que le mariage; à un acte duquel peut dépendre son sort pendant toute sa vie sur cette terre, et au delà encore, l'auteur du Christianisme devait attacher une source toute spéciale de grâces; il l'a fait... Toutefois, et quoique élevé à la dignité de sacrement, le mariage n'en est pas moins, dans son essence, un contrat soumis comme les autres contrats à l'action des lois civiles, et dont les conditions et les effets peuvent être réglés par l'autorité humaine.

Le mariage, même dans l'ordre civil, produit des effets tellement graves, soit pour les familles de ceux qui le contractent, soit pour les contractants eux-mêmes, soit enfin pour la famille nouvelle à laquelle ceux-ci peuvent donner naissance, que toujours on l'a considéré comme sortant de la classe des contrats ordinaires, et qu'il a été l'objet de l'attention toute spéciale des divers législateurs, et du nôtre en particulier. Le titre dans lequel il s'en occupe, et dont nous commençons l'explication, est divisé en huit chapitres, dans lesquels la loi nous expose successivement :

1° Les diverses conditions requises pour la validité du mariage (chapitres I et II);

2° Quelles sont celles de ces conditions dont l'absence ferait annuler le mariage contracté ; quelles sont celles dont l'absence donnerait seulement lieu de s'opposer au mariage, mais le laisserait subsister s'il était une fois célébré (chapitres III et IV);

3° Les droits et obligations que le mariage fait naître, soit de l'un à l'autre des époux, soit entre ces époux et d'autres personnes (chapitres V et VI);

4° Les causes de dissolution du mariage et une règle relative au mariage subséquent que cette dissolution rend possible (chapitres VII et VIII).

CHAPITRE PREMIER

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

144. — L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.

518. Jusqu'en 1792, les hommes purent se marier à quatorze ans, et les femmes à douze ans, conformément aux règles du droit romain, consacrées par le législateur français. Mais on comprit enfin que cette fixation d'âge, bonne pour le climat d'Italie, ne pouvait convenir à nos pays septentrionaux, dans lesquels les forces physiques se développent plus tardivement.

La loi du 20 septembre 1792, titre IV, art. 1er, recula d'un an l'âge voulu pour le mariage, et le fixa à quinze ans pour les hommes, et treize pour les femmes.

Les rédacteurs du Code ont pensé, et avec raison, que ce terme n'était pas encore assez reculé. Sans doute, à cet âge, quelques-uns seront pubères; mais il fallait porter une règle générale et absolue; il fallait d'ailleurs que l'intelligence, dont le développement est ordinairement plus tardif que celui des forces physiques, fût telle chez les époux, qu'on pût sans danger leur confier une maison à administrer, une famille à gouverner. En conséquence, notre Code a différé jusqu'à dix-huit ans pour les hommes, jusqu'à quinze pour les femmes, la capacité de se marier.

145. — Néanmoins il est loisible au chef du Gouvernement d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves.

519. La loi n'a point indiqué les cas dans lesquels une dispense peut être obtenue; elle donne au Président de la République toute latitude à cet égard, et le laisse juge du point de savoir si le motif pour lequel on forme la demande est ou n'est pas assez grave.

D'après l'arrêt du 20 prairial an 2, celui qui veut obtenir une dispense d'âge doit remettre au procureur de la République de son domicile, une pétition au pied de laquelle celui-ci met son avis, et qu'il adresse de suite au ministre de la justice. Le chef de l'État statue sur le rapport de ce ministre.

Si la dispense est accordée, l'ordonnance est enregistrée au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré, et une expédition en demeure annexée à l'acte de célébration (voy. ledit arrêté, art. 2 et 5).

146. — Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

I. — 520. Le mariage est un contrat; or, un contrat est l'accord de deux volontés; il est donc évident que quand il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de mariage. Nous reviendrons plus loin (art. 180) sur cet important principe.

Ainsi, qu'un interdit, ou un individu qui, sans être interdit, serait cependant atteint d'imbécillité ou de démence, aille déclarer, devant un officier de l'état civil, qu'il prend telle personne pour son épouse, il n'aura rien fait; il n'y aura pas de mariage. Cet individu, en effet, est incapable de consentir, puisqu'il n'a pas l'usage de sa raison... Il y aurait, toutefois, une différence entre l'interdit et le fou qui ne l'est pas. En effet, un fou peut avoir des intervalles lucides : or, tant que l'interdiction n'est pas prononcée, tous les actes faits pendant un intervalle lucide sont valables; au contraire, après l'interdiction, l'individu est déclaré par la loi incapable d'avoir une volonté, et le mariage qu'il contracterait, même pendant un intervalle lucide, serait radicalement nul (voy. *Observat. prélimin. du chap. IV*) (1).

Ainsi encore, le mariage contracté par un mort civilement n'aurait aucune existence légale, puisque celui qui l'a formé est, aux yeux de la loi, mort, et par conséquent incapable d'avoir une volonté (2).

On s'est demandé si un sourd-muet pourrait contracter mariage. L'affirmative n'est pas douteuse. On peut se marier dès-là qu'on peut exprimer son consentement. Pourvu, donc, que le sourd-muet ait manifesté suffisamment sa volonté par signes ou par écrit, le mariage par

---

(1) *Sic :* Delvincourt (I, p. 55); Proudhon (I, 375 et 437).
Contrà : Demolombe (III, nos 127 et 128); Aubry et Rau (3e édit., IV, § 464, p. 81).
(2) La mort civile est abolie par la loi du 31 mai 1854.

lui contracté sera parfaitement valable (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 93) (1).

II. — 521. Un contrat n'est légalement formé qu'autant qu'il y a consentement, et consentement libre. Lors donc que le mariage n'est que le résultat de l'erreur, de la violence ou de la séduction, ce mariage est, non pas nul de plein droit, mais annulable. C'est ce que nous verrons aux art. 180 et 181.

521 *bis*. Il y a une grande différence entre un acte *nul* et un acte *annulable*. L'acte nul est celui qui n'a aucune existence aux yeux de la loi, en sorte qu'il ne peut jamais être ratifié ni validé par quelque moyen que ce soit; on ne peut pas, en effet, confirmer, fortifier, ce qui n'existe pas. L'acte annulable, au contraire, est celui qui existe, mais dont l'existence se trouve viciée par une cause capable de le faire anéantir. L'acte vraiment nul est et reste toujours nul; il ne peut, en aucune manière et à quelque époque que ce soit, produire aucun effet; l'acte simplement annulable, au contraire, devient inattaquable, si l'annulation n'en est pas demandée dans les délais voulus par la loi. Nous verrons plus loin qu'en outre des actes nuls et des actes annulables, on distingue encore les actes *rescindables*. On donne ce nom à ceux qui ne sont affectés d'aucun vice dans leur substance, mais que la loi permet cependant de résoudre et de rendre sans effet, pour une cause extrinsèque. C'est ainsi que la vente d'un immeuble peut être rescindée, quand elle a eu lieu à vil prix (art. 1674).

Toutefois, on emploie souvent l'adjectif nul comme synonyme d'annulable ou de rescindable; en sorte qu'on pourrait dire qu'il y a trois espèces de nullités : 1° la *nullité* proprement dite; 2° l'*annulation*; 3° la *rescision*. Du reste, ces deux dernières se confondent dans leurs effets et ne se distinguent que par leur cause; la première, au contraire, comme on le voit par le peu qui vient d'être dit, diffère profondément des deux autres, non-seulement par sa cause, mais par ses effets aussi.

147. — On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

522. Cet article, en ne permettant le mariage qu'entre un seul homme et une seule femme, ne fait que consacrer les vrais principes du droit naturel (2).

148. — Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

---

(1) Paris, 3 août 1855 (Dev., 56, 2, 443; *J. Pal.*, 57, 1080).

(2) Les époux qui ont des raisons sérieuses de croire à la nullité de leur mariage ont le droit de procéder à une célébration nouvelle de leur union. Cass., 24 juillet 1872 (Dev., 72, 1, 330).

I. — 523. A vingt et un ans la femme est majeure, absolument et sans restriction ; quant à l'homme, il est bien majeur aussi à cet âge, pour tous les actes autres que le mariage (art. 488) ; mais quant au mariage, il faut distinguer : s'il n'a plus d'ascendants, il est majeur à vingt et un ans (art. 160) ; que s'il a encore un ou plusieurs de ses ascendants, il ne l'est qu'à vingt-cinq ans (art. 148, 149 et 150). Jusqu'à vingt-cinq ans, donc, le fils ne peut se marier qu'avec le consentement de ses père, mère, aïeuls ou aïeules. Après cet âge, comme la fille après vingt et un ans, il doit encore requérir leur conseil ; à tout âge, en effet, l'enfant doit honneur et respect à ses parents (art. 371).

La raison de cette différence entre les fils et les filles, est que les femmes sont plus tôt nubiles, et aussi plus tôt vieillies que les hommes.

II. — 524. De ce que notre article, en cas de dissentiment entre le père et la mère, déclare le consentement du père suffisant, on avait conclu qu'il n'était pas nécessaire de demander le consentement de la mère. C'est une erreur que repousse le texte même de cet article. En effet, d'après ses termes mêmes, le fils jusqu'à vingt-cinq ans, la fille jusqu'à vingt et un, ne peuvent se marier sans le consentement de leurs *père et mère,* et ce n'est qu'en cas de ***dissentiment*** que le consentement du père suffit ; or, pour qu'il y ait dissentiment entre le père et la mère, il faut que la mère comme le père aient été consultés et appelés à donner leur consentement. Ce serait seulement, comme on le voit par l'article suivant, si la mère était morte ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, qu'il suffirait de demander et d'obtenir le consentement du père.

La loi, en effet, ne pouvait pas permettre qu'un enfant manquât de respect à sa mère, au point de se marier sans lui en parler, comme cela pourrait arriver, si l'on se contentait purement et simplement du consentement du père. Il est d'ailleurs très-possible quel tel père qui consentirait, s'il était seul consulté, ne consentît pas, si la mère, consultée aussi, lui présentait quelques observations qui peut-être lui auraient échappé. Il fallait que les deux époux pussent se consulter et s'entendre sur un acte aussi important pour leur enfant. L'officier civil doit donc ne procéder au mariage qu'autant qu'on lui constate, non pas seulement que le père consent, mais que son consentement est intervenu dans le cas où la loi le déclare suffisant, c'est-à-dire après le consentement de la mère demandé et refusé (1).

149. — Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

SOMMAIRE.

I. En cas d'absence déclarée d'un des époux, il suffit du consentement de l'autre.
II. La même décision doit être admise même pendant la simple présomption d'absence.

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Opp. à mar., n° 4); Vazeille (n° 118); Duranton (n° 77); Chardon (*Puiss. pat.*, n° 164); Rieff (n° 209); Riom, 30 juin 1817.

III. L'interdiction judiciaire ou légale d'un des ascendants dispense de demander son consentement; que si l'ascendant est fou, mais non interdit, il faut distinguer s'il a, ou non, des intervalles lucides.

IV. La mère veuve et non tutrice n'en est pas moins apte à consentir au mariage de son enfant. Erreur de Delvincourt.

V. Si la personne qui avait le droit de consentir, et qui avait consenti, meurt avant la célébration du mariage, le consentement donné par elle peut être révoqué par la personne à qui le droit de consentir a passé. Erreur de Delvincourt.

I. — 525. Si l'un des deux parents était déclaré absent, la déclaration d'absence le faisant présumer mort et permettant d'agir comme si le décès était prouvé, il y aurait lieu d'appliquer notre article.

En vain dirait-on que la déclaration d'absence ne permettant *que provisoirement* les mesures que l'on prendrait à la mort, on ne peut l'invoquer que pour les actes que l'on pourrait plus tard réputer non avenus et non quant à des actes irrévocables, comme l'est le mariage. D'abord, il serait inexact de dire que la déclaration d'absence ne permet jamais que des mesures provisoires; car elle conduit, après un temps plus ou moins long, selon les circonstances, à l'envoi définitif en possession, lequel autorise l'aliénation irrévocable des biens. D'ailleurs, si, quant aux biens, la loi n'a permis, de suite après la déclaration d'absence, que des mesures provisoires, c'est que ces mesures provisoires étaient précisément un moyen de respecter tout à la fois et les droits de l'absent et ceux de ses héritiers, légataires, etc. Ce n'est donc pas là une raison pour refuser tout effet à cette déclaration, quand il s'agit d'un droit dont l'exercice importe tant et au futur époux et à la société entière, sur le motif que ce droit doit être exercé irrévocablement. La déclaration d'absence a précisément été imaginée pour que l'absence d'un individu ne suspendît pas indéfiniment des droits à l'exercice desquels d'autres individus et l'État lui-même sont intéressés. Ce serait donc s'opposer directement au vœu du législateur, qui partout accorde une très-grande faveur au mariage, que de l'empêcher ou de le retarder à cause de l'absence d'un ascendant. Aussi tous les auteurs reconnaissent-ils que, dans ce cas, le mariage est possible avec le consentement de la mère.

II. — 526. Mais que faudra-t-il décider si le père n'est qu'en présomption d'absence?

Ici, les auteurs ne sont plus d'accord. Les uns disent que, même dans ce cas, le consentement de la mère suffit, comme si l'absence du père était déclarée, et ils fondent leur décision sur l'art. 155, qui veut qu'en cas d'absence même présumée de l'ascendant, du conseil duquel l'enfant majeur aurait besoin s'il était présent, cet enfant puisse se marier sans attendre ce conseil, pourvu qu'il constate l'absence de son ascendant. Les autres prétendent qu'il n'en saurait être ainsi : on ne peut pas, disent-ils (et en cela ils ont raison), argumenter, pour le cas où le *consentement* est nécessaire, de l'art. 155, qui parle seulement d'enfants majeurs n'ayant besoin que du *conseil* de leur ascendant, et qui pourraient, si cet ascendant était présent, se marier malgré lui, en lui signifiant des actes respectueux. Ils ajoutent que cet art. 155 prouve,

au contraire, contre la doctrine des premiers : puisqu'en ne permettant le mariage que quand il s'agit d'enfants majeurs, il le défend par là même, implicitement, quant aux enfants encore mineurs. En conséquence, ils décident que, quand le père est présumé absent, le consentement de la mère est insuffisant; en sorte qu'il faudra attendre ou la déclaration d'absence du père, ou la majorité de l'enfant.

Quant à nous, la question nous paraît facile à résoudre, et nous la décidons dans le premier sens. Et d'abord, il faut rejeter l'argument *à contrario* que, dans la deuxième opinion, on veut tirer de l'art. 155. Si cet article ne parle que des enfants majeurs, c'est qu'eux seuls se sont présentés alors à l'esprit du législateur, qui ne s'était occupé que d'eux dans les quatre articles précédents, 151, 152, 153 et 154; tandis qu'il n'avait parlé des mineurs que dans les art. 148, 149 et 150. Ce qui le prouve, ce qui fait voir qu'en proclamant cette faculté pour les majeurs, il n'entendait pas l'enlever aux mineurs, c'est que cet art. 155 ne parle pas seulement de la présomption d'absence, mais aussi de la déclaration d'absence, en sorte que, si l'argument *à contrario* qu'on en tire était bon, il faudrait dire que même après l'absence déclarée du père, l'enfant mineur ne pourrait pas se marier avec le consentement de sa mère. C'est ce que personne ne soutiendra. Il faut donc dire que, quant aux enfants mineurs, la question n'est pas tranchée par l'art. 155... Cet argument une fois repoussé, et la question restant intacte, nous la déciderons en faveur de l'enfant, non pas d'après l'art. 155, qui ne prouve rien ni pour ni contre, mais d'après des principes qui nous paraissent certains.

D'abord, notre article lui-même nous paraît suffisant pour la résoudre. En effet, voyons bien la valeur des termes de cet article : l'enfant mineur, d'après la loi, ne peut se marier sans le consentement de son père et de sa mère; mais cependant *à l'impossible nul n'est tenu;* si donc l'enfant se trouve dans l'*impossibilité,* non-seulement d'obtenir, mais même de *demander* le consentement d'un de ses deux parents, il serait absurde d'exiger de lui ce consentement. C'est, selon nous, ce qu'a voulu dire le législateur par ces mots : *Si l'un des deux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.* Lorsque le père est absent, même simplement présumé, peut-on lui demander son consentement? Non. C'est donc le cas d'appliquer l'article. Cette décision sera admise sans difficulté quand on se rappellera que les dispositions favorables doivent toujours être entendues de la manière la plus large, *favores ampliandi,* et que le mariage est vu par le législateur, avec une telle faveur, que souvent, comme nous le verrons, il déroge aux principes pour le faciliter.

D'un autre côté, le pouvoir de consentir au mariage des enfants mineurs n'est qu'une conséquence ou plutôt que l'exercice de la puissance paternelle; or, aux termes de l'art. 141, lorsque le père est en présomption d'absence, c'est à la mère que la puissance paternelle appartient.

III. — 527. Quant un des parents est interdit, soit pour imbécillité,

démence ou fureur (art. 489), soit par suite d'une condamnation judiciaire (art. 28 C. civ., art. 29 C. pén.), le jugement d'interdiction sera une preuve évidente de l'impossibilité, non pas réelle, mais légale, où il est de manifester sa volonté, puisque l'interdiction le rend, aux yeux de la loi, incapable d'avoir une volonté. Si l'époux frappé d'imbécillité, de démence ou de fureur, n'est pas encore interdit, il faut distinguer. S'il a des intervalles lucides, on ne peut pas dire qu'il soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté; il faut profiter d'un de ces intervalles pour demander et obtenir son consentement. Que si l'absence de raison est continuelle ou à peu près, c'est le cas d'appliquer notre article, et l'on sera dispensé de rapporter son consentement en fournissant la preuve de son état.

L'art. 155 autorise à dire que cette preuve serait régulièrement administrée au moyen d'un acte de notoriété signé du juge de paix et de quatre témoins.

IV. — 528. La mère veuve et qui n'est pas tutrice de son enfant, soit parce qu'elle a refusé la tutelle (art. 394), soit parce que, lors d'un second mariage, le conseil de famille ne lui a pas conservé sa qualité de tutrice (art. 398), est-elle apte à consentir au mariage de son enfant?

Nous ne balançons pas à répondre affirmativement. Il est bien vrai qu'alors la mère n'a aucun droit, quant à la disposition ou à l'administration des biens de son enfant; mais il n'y a ici aucun rapport entre la puissance quant aux biens, et la puissance quant au mariage; ce sont là deux choses fort distinctes et pour lesquelles la loi a porté des règles différentes. C'est ainsi, notamment, que le fils de famille, qui est majeur quant à ses biens à vingt et un ans, ne l'est qu'à vingt-cinq quant au mariage. Ce sera, dans ce cas, au tuteur d'administrer les biens, et à la mère de consentir au mariage; il n'y a là rien d'extraordinaire. Si l'on admettait l'opinion contraire, ce ne serait pas seulement la mère non tutrice qu'il faudrait déclarer incapable de consentir au mariage, mais aussi le père que ses infirmités ou son âge auraient fait excuser de la tutelle (art. 433 et 434); car lui non plus, dans ce cas, n'a l'administration des biens. Ainsi, pour admettre la doctrine que nous rejetons, il faudrait apporter à notre article une restriction que rien n'autorise.

Delvincourt, qui défend le sentiment contraire, nous donne une longue discussion où la question est examinée bien plutôt en législation qu'en droit, et dans laquelle un seul argument présente quelque chose de spécieux. Il consiste à dire : « D'après l'art. 1398, un mineur peut, dans son contrat de mariage, consentir toutes donations, pourvu qu'il soit assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. Donc, si le consentement de la mère veuve et non tutrice suffisait pour le mariage de son enfant mineur, celui-ci pourrait, avec son assistance, disposer par son contrat de mariage du quart, de la moitié, ou même de la totalité de ses biens. Mais

puisque, hors ce cas de mariage, cette mère ne pourrait autoriser son enfant à disposer de l'objet le plus modique, il y aurait là une contradiction inadmissible. »

Cet argument n'a aucune force, et l'on va comprendre bientôt combien il porte à faux. Toutefois, avant de répondre à l'objection de Delvincourt, nous devons lui en opposer une à laquelle sa doctrine donne lieu et qui, seule, suffirait pour faire voir que cette doctrine est en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi... Delvincourt conclut de l'incapacité d'autoriser l'enfant à faire des donations, l'incapacité de consentir à son mariage. Eh bien! d'après ce principe, ce n'est pas seulement la mère non tutrice et le père non tuteur, mais aussi la mère maintenue dans la tutelle, et même le père, tout tuteur qu'il serait, qui se trouveraient incapables de consentir au mariage de leur enfant mineur. En effet, un tuteur ne peut jamais autoriser son mineur à donner, non pas seulement la totalité, mais une partie quelconque de ses biens; lui-même a besoin d'être autorisé par le conseil de famille pour aliéner un seul immeuble à titre onéreux. Si donc on admettait la doctrine que nous combattons, il faudrait, pour être conséquent, effacer du Code l'art. 149, et dire qu'après la mort d'un des ascendants, le consentement de l'autre, qu'il soit ou non tuteur, ne suffira *jamais* pour le mariage de ses enfants... Expliquons maintenant en deux mots l'esprit de l'art. 1398, sur lequel Delvincourt appuie sa doctrine.

La loi, qui par faveur pour le mariage a été jusqu'à permettre, dans le contrat qui règle les conventions matrimoniales, des dispositions qu'elle déclare nulles partout ailleurs (rapprochez notamment l'art. 932 de l'art. 1087; l'art. 943 des art. 1082, les art. 944, 945 et 946 de l'art. 1086), la loi, disons-nous, a voulu que dans son contrat de mariage un mineur pût faire toutes les conventions et donations qu'il aviserait bien, *comme s'il était majeur,* et sous la seule condition d'être assisté de ceux dont le consentement lui est nécessaire pour se marier. Sous cette condition, le mineur est, pour cette circonstance, réputé majeur; aussi, ce n'est pas, comme dans tout autre cas, son tuteur, c'est lui-même qui consent les conventions ou donations dont nous parlons. Peu importe donc que le père (ou la mère) qui vient alors l'assister, soit ou ne soit pas son tuteur; car, pour ce cas, l'enfant est censé n'être plus en tutelle; il a, pour ce cas seulement, une capacité pleine et entière, une capacité, comme nous l'avons fait remarquer, beaucoup plus grande *que celle du tuteur lui-même*. Il n'y a donc rien de commun entre ce privilége de l'art. 1398 et les principes de la tutelle, qui n'ont rien à faire ici (voir, plus loin, le n° 622).

V. — 529. Si la personne dont le consentement était nécessaire a donné ce consentement, mais qu'elle soit ensuite morte ou tombée dans l'impossibilité de manifester sa volonté, avant la célébration du mariage, le consentement obtenu sera-t-il suffisant ou bien faudra-t-il obtenir celui de la personne à qui le droit de consentir a passé?... Del-

vincourt répond que le consentement d'abord obtenu suffira, malgré la mort de celui qui l'a donné, mais il ne donne aucune raison de cette décision, qui nous paraît inadmissible.

C'est le consentement de celui à la puissance duquel je suis soumis *lors de mon mariage,* qu'il me faut obtenir pour ce mariage. Ainsi, j'ai bien obtenu le consentement de mon père, par exemple ; mais aujourd'hui qu'il s'agit de célébrer le mariage, ce n'est plus à mon père, c'est à ma mère que cette puissance a passé. Eh bien ! ma mère a aujourd'hui le même pouvoir que mon père avait ; elle peut donc révoquer le consentement donné par celui-ci, comme il aurait pu le révoquer lui-même. En vain dirait-on que le père étant mort en consentant au mariage, son consentement doit être censé durer toujours ; en telle sorte que la mère ne peut s'opposer à ce que le mariage ait lieu, attendu qu'en cas de dissentiment le consentement du père suffit. Si le père n'existe plus, le pouvoir de consentir ou de ne pas consentir existe toujours ; la mère, à qui il a passé, à qui seule il appartient aujourd'hui, peut en faire tel usage qu'elle trouvera bon ; ce n'est donc pas le cas de dire qu'il y a dissentiment. D'ailleurs, n'est-il pas possible que des circonstances que le père ne connaissait pas, le décidassent lui-même aujourd'hui, s'il vivait encore, à retirer le consentement qu'il avait d'abord accordé ?

Que si la personne à qui le droit de consentir appartient aujourd'hui ne retirait pas le consentement obtenu, son silence pourrait être regardé comme une confirmation de ce consentement. Ce serait alors le cas de dire que le consentement obtenu subsiste toujours, puisque personne ne vient le retirer. Il est vrai que M. Zachariæ (III, p. 267) et M. Demolombe (III, 58) rejettent cette dernière idée, en se fondant sur ce qu'il faut le consentement *formel* et non tacite de la personne à qui appartient actuellement le pouvoir de consentir ; mais leur doctrine, qui n'irait à rien moins qu'à faire annuler tout mariage contracté dans les circonstances dont il s'agit, nous paraît trop sévère, et nous persistons à penser que l'on devra, selon les cas, considérer l'ascendant actuellement en état de consentir comme s'appropriant par son silence le consentement *exprimé* par l'autre.

150. — Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement.

SOMMAIRE.

I. Il faut étendre la disposition de l'article aux bisaïeuls, trisaïeuls, etc. ; en un mot à tous les ascendants.

II. L'ascendant plus éloigné n'est appelé à consentir que quand l'ascendant plus proche est mort, ou ne peut exprimer sa volonté. — Il n'est pas rigoureusement nécessaire que la mort de l'ascendant plus proche soit constatée par un acte régulier de décès.

III. Pour les ascendants autres que les père et mère, la préférence du degré plus proche et la prépondérance du sexe n'existent que dans chaque ligne, et non d'une ligne sur l'autre. Erreur de M. Valette.

IV. La prépondérance du sexe n'existe pas non plus entre les deux branches d'une même ligne; le dissentiment entre ces deux branches emportera toujours le consentement de cette ligne.

I. — 530. Bien que cet article ne parle que des aïeuls et aïeules, il n'est pas douteux que le législateur n'ait entendu appliquer cette disposition à tous les ascendants. Partout, dans le titre *de la Tutelle* et dans celui *des Successions,* tous les ascendants, à quelque degré qu'ils soient, sont mis dans une classe à part et passent avant les collatéraux. D'ailleurs, le mot *aïeuls* est un mot générique, dont ceux de *bisaïeul, trisaïeul* ne sont que des dérivés; de sorte que ces derniers se trouvent compris dans le premier. C'est ainsi qu'après avoir dit, dans l'art. 173, que le droit de former opposition appartient au père, à défaut du père à la mère, et à leur défaut aux *aïeuls* et *aïeules,* la loi ajoute, dans l'art. 174, que ce droit passe aux collatéraux à défaut d'*aucun ascendant,* ce qui prouve que, par les mots *aïeuls* et *aïeules,* l'art. 173 entend tous les ascendants.

Si donc les père, mère, aïeuls et aïeules, sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant ne peut se marier qu'avec le consentement de ses autres ascendants, s'il en a encore.

II. — 531. Il est clair que le consentement d'un ascendant plus éloigné ne peut avoir effet qu'autant que le décès de l'ascendant plus proche, ou l'impossibilité où l'on est d'avoir l'expression de sa volonté, sont prouvés. Du reste, on ne peut pas ici, pour la preuve du décès, être aussi rigoureux que dans les cas ordinaires, et exiger impérieusement la présentation de l'acte de décès. En effet, d'après l'art. 71, l'acte de naissance des futurs époux, beaucoup plus important que l'acte de décès des père et mère, peut cependant être suppléé par un acte de notoriété; l'acte de décès des parents doit donc, d'après l'esprit de la loi, pouvoir être suppléé par une formalité plus simple encore qu'un acte de notoriété. Il est en définitive assez peu important que ce soit avec le consentement du père ou celui de son aïeul, à défaut du premier, qu'un jeune homme se marie.

Le Conseil d'État, s'appuyant sur ces motifs, a rendu, le 4 thermidor an 13 (23 juillet 1805), un avis d'après lequel, 1° il n'est pas nécessaire de produire l'acte de décès des père et mère, lorsque l'aïeul atteste ce décès : 2° s'il n'existe pas d'ascendant qui puisse faire cette attestation, le décès sera suffisamment prouvé par la déclaration à serment des futurs époux qu'ils ignorent le lieu du décès, pourvu que la même déclaration soit faite par les témoins du mariage.

Et, puisque l'on doit s'en rapporter ici à la déclaration d'un aïeul quelconque et, à défaut d'aïeux, à celle de l'époux lui-même, pour le décès des père et mère, à plus forte raison devra-t-on se contenter de l'attestation du père pour le décès de la mère, ou réciproquement. En vain M. Demolombe (III, 40) combat cette conclusion, en soutenant que ce cas est plus grave que celui qui est prévu par l'avis du

Conseil d'État. Si l'on doit croire à un aïeul attestant le décès *et du père et de la mère,* comment ne croirait-on pas l'un de ces deux auteurs attestant le décès de l'autre? Si l'on avait dû craindre qu'une mère ne déclarât faussement la mort de son mari éloigné, pour marier un enfant contre la volonté de son père, n'aurait-on pas trouvé plus fâcheux encore qu'une grand'mère pût marier ainsi son petit-fils contre la volonté et du père et de la mère; et surtout que l'enfant lui-même, à défaut d'aïeul, pût se marier seul au moyen de sa fausse déclaration? La règle de l'avis précité s'applique donc *à fortiori* au cas que nous indiquons, et c'est avec raison que l'idée de M. Demolombe est rejetée par les autres auteurs qui traitent la question : M. Duranton (II, 88), M. Vazeille (I, 123), M. Zachariæ (III, p. 264).

III. — 532. Maintenant, dans quel ordre les divers ascendants auront-ils le droit de consentir?

Et d'abord l'aïeul d'une ligne exclura-t-il un bisaïeul de l'autre ligne?... Non; chaque ligne sera représentée par l'ascendant le plus proche de cette ligne, quoiqu'il y ait dans l'autre ligne un ascendant plus proche que lui. A défaut des père et mère, les *aïeuls et aïeules* (c'est-à-dire les *ascendants*) les remplacent, nous dit notre article; ce n'est pas l'ascendant le plus proche, ce sont les *ascendants;* le pouvoir de consentir seul, qui est donné par l'art. 149 au survivant des père et mère, n'étant pas répété dans notre article, le droit appartient donc aux deux lignes simultanément. D'ailleurs, la faveur que le législateur accorde partout au mariage, faveur qui se manifeste encore ici par le second alinéa de l'article, permettant le mariage en cas de dissentiment des deux lignes, demande qu'on donne lieu aussi souvent que possible à ce dissentiment, afin que le mariage ait plus de chances de se réaliser.

Ainsi, après la mort des père et mère, la préférence du degré plus proche, de même que la prépondérance du sexe, existent bien dans chaque ligne en particulier, mais non pas d'une ligne à l'autre.

Soit, par exemple, pour tous ascendants, un bisaïeul et une bisaïeule maternels, mari et femme. Si ce bisaïeul refuse, la bisaïeule consentant, le mariage ne se fera pas; si, au contraire, le bisaïeul consent, la bisaïeule refusant, le mariage sera possible. C'est ce que dit positivement notre article : « S'il y a dissentiment entre *l'aïeul et l'aïeule* de la même ligne (et il faut dire entre un ascendant et une ascendante, mari et femme, de quelque degré qu'ils soient), il suffit du consentement de l'aïeul. » Il y a ici prépondérance du sexe; mais si cette bisaïeule maternelle, devenue veuve, se trouvait en face d'un aïeul de la la ligne paternelle, son consentement suffirait quand même l'aïeul paternel refuserait, parce que cette bisaïeule représentant alors sa ligne à elle seule, il y aurait dissentiment entre les deux lignes. Donc, quoique l'ascendant qui refuse, dans une ligne, soit au second degré, tandis que l'ascendant qui consent dans l'autre, n'est qu'au troisième; quoique le premier soit un ascendant mâle, tandis que l'autre est une femme;

quoique enfin, l'un appartienne à la ligne paternelle, et l'autre à la ligne maternelle seulement; nonobstant la réunion de ces trois circonstances (dont une seule serait décisive en faveur du premier, s'il s'agissait de l'obtention de la tutelle légitime, d'après l'art. 402), c'est la volonté de la seconde qui l'emportera; la loi proclamant le mariage possible, dès qu'il y a désaccord entre les deux lignes.

Nous pensons donc, et M. Demolombe adopte ici notre idée (III, 47 et 49), qu'il y a erreur à dire, comme fait M. Valette (sur Proudh., I, p. 397), que, en cas d'aïeul dans une ligne et de bisaïeul dans l'autre, on ne doit consulter que l'aïeul, par analogie des règles de la tutelle.

IV. — 533. Il nous reste à examiner un point qui n'avait été prévu avant nous par aucun auteur, et qui cependant se présente tout naturellement à l'esprit. C'est de savoir ce qui arriverait si l'enfant avait encore dans une même ligne : 1° deux bisaïeuls, ou 2° deux bisaïeules, ou 3° un bisaïeul et une bisaïeule non conjoints... Ainsi, le père du *père* de mon père, et le père de la *mère* de mon père, en d'autres termes, son aïeul paternel et son aïeul maternel sont pour moi deux bisaïeuls, paternels l'un et l'autre; également les deux aïeules paternelle et maternelle de mon père sont mes bisaïeules paternelles; il en est de même du côté de ma mère. Or, il se peut qu'au moment de mon mariage, je n'aie plus ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, et que j'aie encore, soit du côté de mon père, soit du côté de ma mère, mes deux bisaïeuls ou mes deux bisaïeules, ou un bisaïeul et une bisaïeule non conjoints.

Nous disons un bisaïeul et une bisaïeule, *non conjoints;* car si c'était le mari et la femme, si c'était l'aïeul et l'aïeule paternels tous deux, ou maternels tous deux, de mon père ou de ma mère, il n'y aurait pas de difficulté; tous deux ne compteraient alors que pour un, parce que le mari devant toujours rester le chef, ce serait, en cas de dissentiment, sa volonté qui l'emporterait, par analogie de l'art. 148 et de notre art. 150. Mais telle n'est pas notre hypothèse; nous supposons que, des deux ascendants, l'un est auteur paternel, l'autre auteur maternel du père ou de la mère.

Ce concours de bisaïeuls, dans l'une ou dans l'autre ligne, est soigneusement réglé par le Code, quand il traite des tutelles légitimes (voir les art. 403 et 404, qui ne parlent pas des *bisaïeules* parce que les femmes, autres que la mère, ne sont point tutrices légitimes). Si donc la loi ne s'en occupe pas pour le cas de mariage, c'est sans doute parce que l'enfant pouvant se trouver en tutelle dès sa naissance même, tandis qu'il ne se marie qu'à quinze ou dix-huit ans au plus tôt, la présence des bisaïeuls, rare déjà pour un pupille, a paru impossible ici. Cependant, une femme pourrait, dès l'âge de soixante-trois ans, être la bisaïeule légitime d'une fille de quinze ans; et, en mettant, pour plus de latitude, vingt et une années par chaque génération, un vieillard de quatre-vingt-sept ou quatre-vingt-huit ans serait bisaïeul d'un jeune homme de vingt-quatre ou vingt-cinq ans. La réalisation

de l'hypothèse n'a donc rien d'impossible, et son extrême rareté ne saurait être une fin de non-recevoir contre son examen. Eh bien! que doit-on décider dans ce cas?

La question ne nous paraît pas pouvoir faire difficulté.

Les deux branches d'une même ligne, sont, vis-à-vis l'une de l'autre, ce que sont entre elles les deux lignes; par conséquent, le dissentiment entre ces deux branches devra emporter consentement de la ligne à laquelle elles appartiennent. Le Code, en effet, a consacré pour le mariage un système tout différent de celui qu'il adopte dans le cas de la tutelle légitime. Pour la tutelle, la loi, d'abord, écarte les ascendantes autres que la mère, les ascendants mâles sont seuls appelés; puis, entre eux, c'est encore la génération par mâles qui determine la préférence. Ainsi, l'aïeul paternel est préféré à l'aïeul maternel, un bisaïeul paternel l'est à un bisaïeul maternel, et ainsi de suite (art. 402); puis entre les deux bisaïeuls paternels, on préfère celui auquel l'enfant se rattache en ne passant que par les mâles, c'est-à-dire l'aïeul paternel du père (art. 403); quant à deux bisaïeuls maternels, comme ni l'un ni l'autre ne tiennent au mineur par les mâles, et que dès lors la cause de préférence n'existe plus, le conseil de famille est appelé à nommer celui des deux qu'il voudra choisir (art. 404). Ainsi, 1° admission des ascendants mâles seulement; 2° préférence fondée uniquement sur la génération par les mâles; tel est, pour la tutelle, le système de la loi.

Pour le consentement au mariage, rien de semblable. 1° Les ascendantes sont appelées à consentir comme les ascendants : *les aïeuls et aïeules,* dit notre article, remplacent les père et mère. 2° La ligne maternelle est mise exactement au même rang que la ligne paternelle; puisque *le partage emporte consentement,* sans qu'on ait à considérer laquelle des deux lignes consent et laquelle refuse. 3° Enfin, une ascendante a la même autorité qu'un ascendant, pourvu que cet ascendant ne soit pas son mari. En effet, d'après la dernière phrase de notre article, le partage des lignes emporte consentement, sans que l'on doive distinguer si chaque ligne est représentée par un homme ou si l'une l'est par un homme et l'autre par une femme; le cas dans lequel la seconde phrase de ce même article fait prévaloir la volonté de l'ascendant est celui de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, c'est-à-dire entre le grand-père et la grand'mère, paternels tous deux ou maternels tous deux, par conséquent, entre le mari et la femme.

Il suit de là que si un enfant, ayant perdu ses père, mère, aïeuls et aïeules, avait encore ses deux bisaïeuls et ses deux bisaïeules paternels, puis un seul bisaïeul et ses deux bisaïeules maternels, le consentement donné par celle des deux bisaïeules maternelles qui est veuve l'emporterait sur le refus unanime des six autres. En effet, le consentement de cette bisaïeule veuve, laquelle représente à elle seule sa branche, forme dissentiment entre les deux branches, et dès lors équivaut à un consentement de la ligne maternelle; ensuite, ce consente-

ment mis en face du refus de la ligne paternelle, forme dissentiment entre les deux lignes et rend le mariage possible.

151. — Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

534. Ce n'est pas le consentement, c'est seulement le *conseil* des ascendants, qu'il faut demander ici ; l'enfant est majeur, et la demande que la loi exige de lui, n'est, pour ainsi dire, qu'une formalité commandée par le respect qu'on doit toujours à ses parents. Aussi, le mariage ne sera plus empêché par le refus des parents, comme on va le voir par l'article suivant.

Quoique la loi ne le dise pas, il est clair qu'il faut répéter ici ce qui a été dit plus haut, quant au consentement. Ainsi, 1° si le père et la mère sont en état de manifester leur volonté, tous deux devont être consultés ; mais l'assentiment du père suffira et rendra inutile la notification d'actes respectueux ; 2° si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité d'exprimer son assentiment, c'est seulement le conseil de l'autre qu'il faut requérir ; 3° enfin, si le père et la mère sont tous deux hors d'état de consentir, l'assentiment donné par une des deux lignes rendra inutile la notification d'actes respectueux.

535. Dans l'ancienne jurisprudence, on appelait ordinairement *sommation* respectueuse l'acte exigé ici par la loi (voy. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 340). Cette dénomination, encore usitée dans le monde, est on ne peut plus inexacte : le mot *sommation* emporte une idée qui exclut celle de *respect*, et notre législateur n'a pas voulu qu'un enfant pût *sommer* ses parents de consentir à son mariage. Ce n'est donc point une *sommation de consentir* qu'il leur donne ; c'est un avertissement de l'intention où il est de se marier, alors même qu'ils n'y consentiraient pas. Aussi, la loi n'a-t-elle pas voulu que cet acte fût signifié par un huissier, dont la présence est en général vue d'assez mauvais œil et présente quelque chose d'hostile ; elle a exigé le ministère des notaires (art. 154) (1).

152. — Depuis la majorité fixée par l'article 148 jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera

---

(1) Les actes respectueux sont valables quoique l'enfant cohabite avec la personne qu'il veut épouser. Paris, 16 sept. 1847 (*J. Pal.*, 47, 2, 469). Ou s'il s'est retiré chez les parents de la personne qu'il veut épouser. Amiens, 8 juin 1869 (Dev., 70, 2, 100).

Les actes respectueux peuvent être déclarés nuls si, à la date de ces actes, la personne avec laquelle le mariage doit être contracté n'avait pas encore l'âge légal. Montpellier, 12 avril 1869 (Dev., 69, 2, 202).

renouvelé deux autres fois, de mois en mois; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage.

153. — Après l'âge de trente ans, il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.

536. Depuis vingt-cinq ans jusqu'à trente pour les fils, et depuis vingt et un ans jusqu'à vingt-cinq pour les filles, il faut, d'après l'article 152, si les parents persistent dans leur refus de consentir, trois actes respectueux, et le mariage ne peut avoir lieu qu'après trois mois, au plus tôt, depuis la signification du premier. Ces délais ont paru nécessaires pour donner, et aux parents et aux enfants, le temps de réfléchir et de revenir de leur première résolution, s'ils la trouvent mal fondée.

Après l'âge de trente ans pour les fils, et de vingt-cinq ans pour les filles, un seul acte est nécessaire. Nous disons après trente ans pour les fils et vingt-cinq ans pour les filles, quoique notre art. 153 dise, d'une manière absolue, après l'âge de trente ans; c'est qu'en effet la disposition de cet article doit se compléter par celle de l'article précédent. Puisque, d'après celui-ci, les trois actes respectueux, nécessaires jusqu'à trente ans pour les fils ne le sont que jusqu'à vingt-cinq pour les filles, il est clair qu'après cet âge de vingt-cinq ans, les filles n'auront besoin que d'un seul acte.

Dans le cas de cet art. 153, l'âge de l'enfant, en outre de ce qu'il rend le mariage plus pressant, donne aussi plus de confiance dans l'expérience de cet enfant : on ne devait donc pas exiger autant de formalités, ni des délais aussi longs.

154. — L'acte respectueux sera notifié à celui ou à ceux des ascendants désignés en l'article 151, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins; et, dans le procès-verbal qui doit en être dressé, il sera fait mention de la réponse.

537. Faut-il que l'enfant se transporte chez l'ascendant avec les notaires? — Non : cela était exigé autrefois (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 340, et *Traité des personnes*, 1re part., 15e alin.); mais notre Code ne l'exige pas. Et en effet, la présence de l'enfant, qui peut être utile dans certains cas, pourrait dans d'autres, et quand l'irritation des parents est montée à un certain degré, devenir une occasion de scènes fâcheuses et nuire beaucoup plus qu'elle ne servirait (1).

La notification doit, autant que possible, être faite à la personne même des ascendants. Peut-être que, par de sages réflexions, on obtiendrait leur consentement. Mais, bien entendu, il ne faut pas non plus que l'ascendant puisse reculer indéfiniment le maiage en se tenant

(1) Rej., 4 nov. 1807; Angers, 10 mars 1813; Agen, 1er février 1817; Caen, 12 août 1818; Douai, 22 avril 1819; Amiens, 10 mai 1822; Douai, 8 janv. 1828; Douai, 27 mai 1835; Paris, 26 avril 1836 (Dev., 36, 2, 44 et 238).

absent de son domicile ou en refusant de recevoir les notaires. Lors donc que celui à qui doit être faite la signification évitera la personne de l'officier public, cette signification pourra très-bien être faite à domicile, conformément aux règles ordinaires (1). Il ne faudrait pas argumenter contre cette décision de ce que la loi exige que le notaire, dans son procès-verbal, fasse mention de la réponse de l'ascendant; il est clair que cette nécessité n'existe qu'autant qu'une réponse est faite, et que l'ascendant veut bien rester présent pour recevoir le notaire et s'expliquer avec lui. Il est évident aussi que ce serait donner la réponse que de dire : *Prié de s'expliquer sur les causes de son refus, le sieur N. a dit n'avoir rien à répondre.* C'est la réponse *ou le refus de répondre* qu'il faut mentionner (2).

155. — En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix.

SOMMAIRE.

I. L'article signifie : En cas d'absence *du dernier ascendant.*
II. Dans ce cas, et toutes les fois qu'il n'y a plus d'ascendant en état de manifester sa volonté, le mariage est possible sans consentement ni conseil, non pas seulement pour le fils de vingt-cinq ans, mais aussi pour celui de vingt et un ans.
III. L'acte de notoriété n'a pas besoin d'être homologué. Moyen de remplacer cet acte de notoriété, quand le dernier domicile de l'ascendant n'est pas connu.

I. — 538. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens de cet article. Les uns, le mettant en contradiction avec les principes posés par

---

(1) Les actes respectueux ne sont pas soumis aux formalités prescrites par l'art. 68 du Code de procéd. civ. Montpellier, 17 août 1855 (Dev., 55, 2, 722); Toulouse, 27 nov. 1861 (Dev., 63, 2, 67); Amiens, 8 juin 1869 (Dev., 70, 2, 100); Chardon (*Puiss. pat.*, n° 246).

Contrà : Grenoble, 1er sept. 1863 (Dev., 63, 2, 190; *J. Pal.*, 64, 64).

La copie des mêmes actes doit, à peine de nullité, être revêtue de la signature des deux témoins qui ont assisté le notaire. Rennes, 1er juin 1859 (Dev., 59, 2, 481; *J. Pal.*, 59, 461); Massé et Vergé, § 128, note 24.

Contrà : Demolombe (III, n° 77); Rolland de Villargues (*Répert. du notar.*, v° Acte respect., n° 85).

Il a été jugé que les tribunaux ne pouvaient contraindre l'enfant à résider dans une maison tierce pendant l'intervalle qui doit s'écouler depuis l'acte respectueux. Cass., 8 déc. 1856 (Dev., 57, 1, 89; *J. Pal.*, 57, 257); Amiens, 8 juin 1869 (Dev., 70, 2, 100).

La présence du notaire en second à la rédaction d'un acte respectueux n'est pas indispensable; elle n'est exigée impérativement que pour la notification de l'acte aux ascendants dont le consentement est demandé. Aubry et Rau (3e édit., IV, § 463, p. 76); *Dict. not.*, v° Acte respectueux, n° 74 (4e édit.); Rolland de Villargues (Rép. not., *eod. verbo*, n° 20). Paris, 11 oct. 1871 (Dev., 71, 2, 132).

Contrà : Demolombe (III, n° 73); Massé et Vergé (I, § 128, note 13).

(2) Cass., 11 juillet 1827; Nîmes, 8 juillet 1830; Paris, 26 avril 1836, 28 janv. 1839 (Dev., 31, 2, 133; 36, 3, 238; 39, 2, 216).

la loi dans les articles précédents, prétendent que, d'après sa disposition, quand l'ascendant auquel l'enfant majeur aurait dû signifier un acte respectueux, serait absent (soit déclaré, soit présumé), le mariage pourra avoir lieu en constatant cette absence, *quand même d'autres ascendants seraient présents,* et sans qu'il soit besoin alors de notifier un acte respectueux à ceux-ci. Tout ce que veut la loi, disent-ils, c'est qu'on prouve, d'après le mode indiqué par notre article, l'absence de l'ascendant, du conseil duquel on avait besoin. Ainsi, le père est absent (nous supposons la mère morte), mais le grand-père est présent : on pourra, en constatant l'absence du père, arriver au mariage, sans qu'il soit besoin de requérir le conseil de l'aïeul... C'est là, selon nous, une erreur qu'on ne peut soutenir qu'en abusant des mots de notre article, qui conduiront à un résultat tout différent, quand on les combinera avec les dispositions de l'art. 151.

En effet, dans quel cas, d'après notre article, procède-t-on au mariage, en constatant tout simplement l'absence de l'ascendant? *C'est en cas d'absence de l'ascendant dont il faudrait demander le conseil s'il était présent :* or, à qui faut-il demander ce conseil? — C'est, d'après l'art. 151, d'abord au père et à la mère; puis, s'ils sont morts, *ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté,* aux aïeuls et aïeules; or, puisque la mère est morte et le père absent, tous deux sont donc *dans l'impossibilité de manifester leur volonté,* et c'est de l'aïeul qui reste qu'il faut alors requérir le conseil; c'est donc à lui maintenant que l'acte respectueux doit être notifié. Il est donc vrai de dire qu'il n'y a pas *absence de l'ascendant à qui devrait être fait l'acte respectueux s'il était présent;* car il est présent, cet ascendant, puisque c'est l'aïeul, aux termes de l'art. 151. Notre article n'a donc d'application qu'autant qu'il n'y a plus là aucun ascendant à qui l'acte respectueux doive être notifié, et que celui qui est aujourd'hui absent était le dernier dont le conseil dût être requis. Alors, en effet, aucun ascendant n'étant là, et tous étant ou morts, ou interdits, ou absents, l'enfant se trouve n'avoir plus besoin ici du consentement ni du conseil de personne, comme on le voit par l'art. 160, et il peut dès lors se marier sans aucune autre formalité que la constatation de l'absence de son ascendant.

Entendu ainsi, l'article se trouve en harmonie avec les art. 150, 151 et 160, tandis qu'interprété autrement, il apporterait aux principes posés par la loi une exception étrange et qu'il serait impossible de s'expliquer. Pourquoi, en effet, pourrait-on se passer du conseil de l'aïeul, quand (la mère étant morte) le père ne sera qu'absent, tandis que ce conseil serait nécessaire si ce père était mort? Comment l'absence déclarée ou présumée d'un ascendant donnerait-elle à l'enfant plus d'indépendance que ne le ferait la mort prouvée de cet ascendant?... Évidemment, un tel système est inadmissible. Ainsi, par ces mots : *En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux,* le législateur a voulu dire : *S'il n'y a pas d'ascendant auquel on doive faire un acte respectueux, et que celui dont on eût dû re-*

quérir le conseil, ne soit pas mort, mais seulement absent. C'est sans doute parce que la première phrase était plus brève que le législateur l'a employée.

II. — 539. Puisque dans le cas d'absence, même simplement présumée, du dernier ascendant dont l'enfant majeur eût dû demander le conseil, cet enfant peut passer outre à la célébration du mariage, il est clair qu'il aura, *à fortiori*, le même droit, quand ce dernier ascendant sera mort, ou qu'il y aura pour une cause quelconque, impossibilité de demander son assentiment; si la loi n'a parlé que du cas d'absence, c'est que c'était celui pour lequel il pourrait y avoir quelque doute. Donc la fille de vingt et un ans, et le fils de vingt-cinq ans, qui n'ont aucun ascendant en état de manifester sa volonté, peuvent se marier sans demander l'avis de personne. Quant aux fils majeurs de vingt et un ans, mais non encore arrivés à vingt-cinq ans accomplis, qui se trouvent dans le même cas, la loi ne s'en est point formellement occupée; mais l'ensemble des dispositions de notre chapitre prouve bien que, comme nous l'avons dit déjà, ils sont aussi majeurs pour le mariage, et peuvent également se marier sans le consentement ni le conseil de personne. En effet, le futur époux ne peut, quant à l'assentiment qu'il lui faudrait obtenir pour son mariage, être soumis qu'à ses ascendants ou à son conseil de famille; or, le consentement ou le conseil des ascendants ne peut pas être exigé quand il n'y a plus d'ascendants, ni quand il y a impossibilité d'avoir l'expression de la volonté de ceux qui existent, et d'autre part, le consentement du conseil de famille, nécessaire à ceux qui n'ont pas d'ascendants en état de manifester leur volonté, n'est requis pour eux que jusqu'à vingt et un ans (art. 160). Ainsi donc, le fils entre vingt et un et vingt-cinq ans, n'est mineur pour le mariage que quand il a encore quelque ascendant en état de manifester sa volonté; autrement, il est majeur dès cet âge de vingt et un ans.

III. — 540. L'acte de notoriété permis dans le dernier cas de notre article n'aura pas besoin d'être homologué; la loi qui, dans l'art. 72, exige l'homologation pour l'acte de notoriété destiné à remplacer l'acte de naissance qu'un époux serait dans l'impossibilité de représenter, ne l'exige point ici. En effet, la constatation de l'absence des ascendants est, ainsi que la production de leur acte de décès, beaucoup moins importante que la production de l'acte de naissance des époux; aussi, notre article n'exige, pour l'acte de notoriété dont il parle, que la signature de quatre témoins, tandis que d'après l'art. 71, sept témoins doivent signer celui qui est destiné à remplacer l'acte de naissance.

D'après le 2° de l'avis précité du Conseil d'État, du 4 thermidor an 13, si les père, mère, aïeuls ou aïeules, de l'enfant majeur sont absents, mais qu'on ne puisse prouver leur absence dans la forme prescrite par notre article, *in fine,* faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé au mariage de ces majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du dernier domicile de leurs ascendants leur

est inconnu. Cette déclaration doit être certifiée, sous serment également, par quatre témoins du mariage, lesquels affirment qu'ils sont dans la même ignorance.

156. — Les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, sans que le consentement des pères et mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à la diligence des parties intéressées et du procureur de la République près le tribunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, condamnés à l'amende portée par l'article 192, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois.

541. L'amende portée par l'art. 192, auquel renvoie notre article, est d'un maximum de 300 francs, et son minimum a été fixé à 16 francs par l'art. 193 du Code pénal. Quant à la durée de l'emprisonnement, dont notre article fixe le minimum à six mois, ce même art. 193 du Code pénal en a porté le maximum à un an.

542. A s'en tenir rigoureusement aux termes de notre article, la peine de 16 à 300 francs d'amende et de six mois à un an de prison serait encourue par cela seul que l'officier de l'état civil n'aurait pas énoncé le consentement dans l'acte, et quand même ce consentement serait cependant intervenu. Mais l'art. 193 du Code pénal ne prononce ces peines que contre celui qui ne s'est point assuré de l'existence de ce consentement.

S'il fallait voir une contradiction entre ces deux articles, ce serait évidemment au dernier qu'il faudrait s'attacher; d'abord parce qu'il est postérieur; ensuite parce que de deux dispositions pénales, c'est la moins rigoureuse qu'il faut appliquer. Mais la contradiction n'est qu'apparente, et ces deux articles peuvent se concilier de cette manière; par cela seul que l'officier n'a point énoncé le consentement, il est censé ne pas s'en être assuré, et cette omission constitue contre lui une présomption qui dispense d'autre preuve; mais il pourra, lui, faire disparaître cette présomption en prouvant que le consentement est réellement intervenu, et échapper ainsi à l'application de ces deux articles.

Et, en effet, le résultat de ces deux articles combinés se trouve être le seul parti que le législateur pût prendre. D'une part, il eût été trop rigoureux de punir le fonctionnaire public d'une peine aussi forte, pour un simple oubli; ce qui eût été la conséquence de notre article pris à la lettre. Mais d'un autre côté, on ne pouvait pas dire qu'il n'y aurait lieu à l'application de la peine qu'autant que le procureur de la République établirait l'absence réelle du consentement; car c'eût été demander une preuve trop souvent difficile à administrer.

Lors donc que l'un de ces deux articles serait seul, il devrait encore être entendu dans le sens auquel on arrive en les expliquant l'un par l'autre.

157. — Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage, sera condamné à la même amende, et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois.

543. Aucune disposition législative n'est venue fixer pour ce cas le maximum de l'emprisonnement, dont le minimum seulement est indiqué par notre article. Il est évident, du reste, que ce maximum ne peut pas dépasser un an.

Le motif que nous avons donné sous l'article précédent doit faire également décider ici que la seule preuve à faire par le ministère public sera celle de l'omission dans l'acte de la mention d'actes respectueux sauf à l'officier à établir que, nonobstant le défaut de mention, ces actes respectueux ont cependant été faits.

158. — Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus.

544. Les rapports de protection d'une part, et de respect de l'autre, doivent exister entre les parents et les enfants, aussi bien quand ceux-ci sont enfants naturels que lorsqu'ils sont enfants légitimes. Les premiers comme les seconds, par conséquent, tant qu'ils ont leur père ou leur mère, ne seront (si ce sont des fils) majeurs pour le mariage qu'à vingt-cinq ans accomplis, et après cet âge il leur faudra requérir le conseil de ces père et mère, ou de celui des deux qui a survécu ou qui se trouve seul en état de manifester sa volonté.

Mais la reconnaissance d'un enfant étant, par la force des choses, purement personnelle et ne pouvant rattacher cet enfant qu'à la personne qui l'a reconnu, il s'ensuit que les enfants naturels ne peuvent jamais avoir d'aïeuls ni d'aïeules; c'est pour cela que notre article ne se réfère point à l'art. 150, où il n'est question que des ascendants autres que le père et la mère. C'est pour cela aussi que dans l'article suivant, on demande, pour le mineur enfant naturel, le consentement d'un tuteur nommé par son conseil de famille, dès que les *père et mère* qui l'ont reconnu sont morts ou hors d'état de manifester leur volonté; tandis que, dans l'art. 160, le conseil de famille n'est appelé à consentir au mariage de l'enfant légitime qu'à défaut des père, mère, *aïeuls et aïeules*.

159. — L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui,

après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé.

545. L'enfant naturel que ni son père ni sa mère n'ont reconnu, est, aux yeux de la loi, sans parents et dans la même position que celui qui, après avoir été reconnu par ses parents, les aurait perdus ensuite.

C'est un tuteur nommé *ad hoc* que la loi exige pour consentir au mariage de l'enfant naturel mineur; lors donc que cet enfant aurait déjà un tuteur, il en faudrait néanmoins nommer un exprès à cette fin. Le législateur a sans doute pensé qu'un citoyen, chargé spécialement et uniquement d'une mission aussi importante, s'en acquitterait avec plus de soin. Il est clair, du reste, que le tuteur déjà existant pourrait être chargé de cette mission, mais il faudrait qu'il fût spécialement indiqué.

C'est par le conseil de famille que ce tuteur sera nommé (1); mais de qui se composera ce conseil de famille? Le conseil de famille des enfants légitimes se compose de leurs parents ou de citoyens connus pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 407, 408, 409). Pour les enfants naturels, il est clair qu'il ne saurait y avoir de parents, puisque ces enfants n'en ont pas d'autres que les père et mère qui les ont reconnus, lesquels, dans notre article, sont supposés morts. Le conseil de famille ne se composera donc, dans ce cas, que de personnes ayant eu des relations d'amitié avec le père ou la mère; ou, si l'enfant n'a pas été reconnu, de personnes connues pour l'intérêt qu'elles portent à cet enfant.

160. — S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille.

546. Le conseil de famille, dans ce cas, remplace les père et mère ou ascendants; il ne peut donc être tenu plus qu'eux de motiver son refus de consentir, et son avis ne pourra pas, comme dans les cas ordinaires, être réformé par les tribunaux (art. 883, C. proc.).

Le conseil peut avoir, pour ne pas consentir au mariage, des motifs très-graves, qu'il croit cependant devoir tenir cachés par ménagement pour la famille de l'autre époux. C'est le *consentement* de ce conseil que la loi demande; or, quand même le tribunal annulerait la délibération, cela ne donnerait pas un consentement. La délibération serait simplement réputée non avenue, et il en faudrait une autre qui, comme la première, donnerait un refus. Ce serait donc un circuit inutile (2).

---

(1) Suivant MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, ce tuteur *ad hoc* doit être nommé par le tribunal.

(2) *Sic :* Demolombe (III, n° 86); Aubry et Rau (3ᵉ édit., IV, § 462, p. 67). *Contrà :* J. Seine, 6 août 1869 (Dev., 70, 2, 189).

161. — En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne.

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est que la parenté. — Comment se comptent les degrés. Ce que c'est que l'alliance.
II. En ligne directe, la parenté, même purement naturelle, forme empêchement à l'infini. — Il en était de même à Rome.
III. Le commerce illicite de deux personnes produit, entre chacune d'elles et les parents directs de l'autre, une affinité naturelle qui empêche aussi le mariage à l'infini.

I. — 547. On appelle *parenté* le lien qui existe entre deux personnes descendant l'une de l'autre ou d'un auteur commun. Quand les deux personnes descendent l'une de l'autre, on dit qu'elles sont parentes en ligne *directe;* quand elles descendent d'un même auteur, mais non pas l'une de l'autre, leur parenté est *collatérale*.

On appelle *degré* de parenté, la distance qui sépare deux parents. On compte un degré pour chaque génération; en sorte que, pour connaître le nombre de degrés qui séparent deux parents, il suffit de compter le nombre de personnes par lesquelles il faut passer pour arriver de l'un à l'autre en passant par l'auteur de la parenté. Ainsi de moi à mon père ou à ma mère et réciproquement, il n'y a qu'un degré. Entre moi et mon frère, il y en a deux : car, pour aller de moi à mon frère, il faut d'abord remonter à mon père, ce qui donne un degré; puis redescendre à mon frère, ce qui en fait un second. Pour aller jusqu'à mon neveu, fils de ce frère, il y en aurait trois. Nous reviendrons là-dessus au titre *des Successions* (art. 735 à 738).

L'alliance ou *affinité* est la relation qui existe entre un époux et les parents de son conjoint. C'est une parenté imparfaite, fondée sur ce que les deux époux ne faisant, pour ainsi dire, qu'un seul être, les parents de l'un se trouvent en quelque sorte devenir les parents de l'autre. Par imitation de la parenté, on compte aussi des degrés dans l'alliance, bien que d'un allié à un autre, il n'y ait plus de génération. Ainsi, on dit que deux individus sont alliés au second degré, pour signifier qu'ils sont, comme alliés, dans la même position où seraient deux individus parents au second degré (1).

II. — 548. Notre article, qui ne fait en cela que consacrer un principe de morale universelle, prohibe le mariage entre parents ou alliés en ligne directe, à quelque degré que ce soit.

Et ce n'est pas seulement d'une parenté légitime ou naturelle légalement reconnue, qu'il s'agit ici; c'est aussi de la parenté naturelle pure et résultant du seul lien du sang. Ainsi, un individu a une fille naturelle qu'il n'a pas reconnue; il ne pourra cependant pas l'épouser s'il est établi, par des lettres émanées de lui, ou par tout autre moyen,

(1) L'alliance et les incapacités ou prohibitions qui en sont la suite ne cessent pas par le décès du conjoint qui les produisait. Cass., 4 nov. 1868 (Dev., 69, 1, 18). Ainsi un veuf ne peut épouser la petite-fille issue d'un premier mariage de sa défunte épouse. J. Vienne, 28 déc. 1865 (Dev., 66, 2, 201).

que cette fille est vraiment son enfant. Il en serait de même de sa fille adultérine, bien que cette fille ne soit pas et ne puisse pas être reconnue par lui (art. 335). Notre article, en effet, ne parle pas de descendants naturels *légalement reconnus,* mais seulement de descendants *naturels.* Il est d'ailleurs une circonstance historique qui prouve bien l'esprit du législateur à cet égard. Lors de l'envoi, aux divers tribunaux d'appel, du projet du Code civil, le tribunal de Lyon avait demandé qu'au mot *naturels,* on ajoutât ceux-ci : *reconnus par acte authentique;* or, cette proposition fut rejetée. L'opinion contraire de MM. Duranton (II, 166), Zachariæ (III, p. 58) et Valette (II, p. 178), nous paraît donc contraire à la pensée du législateur (1).

Et qu'on ne s'étonne pas de voir la loi consacrer, dans ce cas, une parenté qu'elle ne reconnaît pas partout ailleurs. Si, dans l'intérêt de la morale, le législateur a dû ne pas reconnaître la parenté résultant d'une faute ou quelquefois d'un crime, alors qu'il s'agissait des bénéfices que produit cette parenté, il n'en pouvait pas être de même quand il s'agirait d'obligations que cette parenté impose, et qui ne pourraient être méconnues sans un scandale révoltant pous les mœurs.

Aussi, qu'on interroge sur ce point la législation romaine. Là, on le sait, deux individus ne pouvaient se dire parents aux yeux de la loi (*adgnati*) et invoquer les bénéfices de la parenté, qu'autant 1° que leur parenté résultait des noces légitimes, et 2° qu'ils se rattachaient l'un à l'autre par mâles; en telle sorte qu'un frère et une sœur, utérins seulement, c'est-à-dire nés de la même mère, mais de pères différents, n'étaient pas parents quant au droit civil. A Rome même, cependant, la parenté naturelle résultant soit du *concubinatus* (qui, sans être un mariage légitime, était une union licite), soit du commerce illicite donnant naissance à des enfants bâtards (appelés indifféremment *spurii, vulgo concepti, vulgo quæsiti*), et bien plus, la parenté résultant de l'union des esclaves (*contubernium*), formaient aussi des empêchements au mariage : *Illud certum est,* disent les *Instit.*, liv. 1, tit. 10, § 10, *serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse;* et comme dans les cas d'enfants bâtards, la paternité est souvent difficile à découvrir, on prenait le parti le plus sûr, et la parenté, même douteuse, formait empêchement. La loi 14, au *Dig.*, liv. 23, tit. 2, § 2, dit : *Idem dicendum est, ut pater filiam non possit ducere (si ex servitute manumissi sint), et si dubitetur patrem eum esse; unde nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est.*

III. — 549. Le commerce illicite de deux personnes produit, comme nous venons de voir, pour les descendants de ces personnes, le même empêchement que la parenté résultant d'un mariage légitime. Mais ce commerce illicite produira-t-il aussi, entre chacune des deux personnes et les parents de l'autre, une alliance naturelle qui empêche également le mariage?

(1) *Conf.* Merlin (*Rép.*, v° Empêch., § 4, art. 4) ; Proudhon (II, p. 178); Vazeille (I, 107); Demolombe (III, 107); Caen, 3 avril 1833.

Nous le pensons, malgré l'opinion contraire de MM. Valette (I, p. 402) et Demolombe (III, 112); car l'alliance, ainsi que la parenté, ne résulte pas de l'accomplissement des conditions et formalités qui font de l'union de deux personnes un mariage légitime, mais bien de cette union elle-même. Sans doute, s'il y a eu ainsi cohabitation illicite, l'alliance n'a pas d'existence légale pour d'autres circonstances que le mariage; mais comment M. Demolombe peut-il conclure de cette inefficacité pour les autres cas, notamment en cas de tutelle, l'inexistence absolue, même quant au mariage, lui qui enseigne comme nous que la parenté purement naturelle sera efficace pour ce cas de mariage, quoique non avenue aussi partout ailleurs? Notre ancien droit, ainsi que le droit romain, regardait le commerce illicite comme produisant une espèce d'alliance *en fait de mariage* (Pothier, n°s 167-169); or, rien dans le texte du Code, ni dans les travaux préparatoires, ne donne lieu de penser que nos rédacteurs aient entendu changer cette règle.

Ne serait-il pas révoltant, en effet, de voir l'homme qui, sans être marié avec une femme, a cependant vécu plusieurs années avec elle, et en a eu plusieurs enfants, épouser ensuite la fille de cette femme!... Aussi, on voit que notre article ne fait pas plus pour les alliés que pour les parents la distinction entre le lien légitime et le lien naturel, (*Conf.* Delvincourt, Zachariæ (III, p. 178); Nîmes, 3 déc. 1811) (1).

162. — En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré.

550. Un des meilleurs moyens de conserver dans la famille le respect que ses membres doivent garder l'un pour l'autre, et d'empêcher d'affligeants désordres entre des personnes vivant continuellement ensemble, c'était d'enlever à ces personnes toute possibilité, toute pensée d'un mariage futur. Du jour où le frère pourrait épouser sa sœur, et s'accoutumer, par conséquent, à la regarder comme n'étant pas pour lui plus sacrée que toute autre, il n'y aurait plus de famille, plus de société possible.

On comprend que ces considérations ne se présentent pas avec une égale force en ce qui touche les alliés du même degré, c'est-à-dire les beaux-frères et belles-sœurs; aussi, nous allons voir l'art. 164 permettre au chef de l'État de lever, dans des circonstances graves, la prohibition portée pour eux par notre article.

163. — Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

---

(1) *Adde :* Aubry et Rau (3e édit., t. IV, § 461, note 13); Massé et Vergé (t. Ier, p. 283, note 10); Allemand (n° 55).

Jugé qu'un veuf ne peut pas épouser la fille naturelle de sa défunte épouse. Paris, 18 mars 1850 (Dev., 50, 2, 593; *J. Pal.*, 50, 1, 221).

551. Un oncle, une tante, doivent être, vis-à-vis de leurs neveux ou nièces comme un second père, comme une seconde mère. Des neveux et nièces doivent avoir et ont tout naturellement pour leurs oncles et tantes, un respect, une confiance, un abandon presque aussi grands que pour les auteurs de leurs jours : *Parentum loco sunt,* disait la loi romaine. Pour maintenir entre les uns et les autres ces sentiments, il fallait que la possibilité d'un mariage ne se présentât pas à leur esprit.

C'est donc avec beaucoup de raison que notre article prohibe le mariage entre eux; et c'est avec peine, nous devons le dire, que nous voyons l'article suivant permettre qu'il devienne possible au moyen de dispenses.

552. Du reste, la loi ne parlant point ici, comme elle le fait dans les deux articles précédents, du lien naturel ni de l'alliance, il s'ensuit que c'est seulement pour l'oncle et la nièce, la tante et le neveu légitimes, que le mariage est prohibé (1). Il n'est pas étonnant que la loi soit beaucoup moins rigoureuse ici, puisque nous allons la voir permettre le mariage dans ce cas, au moyen de dispenses, même entre parents légitimes.

553. Ce que la loi dit de l'oncle et de la tante doit s'entendre, selon nous, du grand-oncle et de la grand'tante; les expressions *oncle, tante,* sont génériques, et les autres n'en sont que des dérivés; tous sont *parentum loco*. Un enfant a et doit avoir pour son grand-oncle le même respect, au moins, que pour son oncle; les motifs de décision sont les mêmes. Donc, alors même qu'un décret du 7 mai 1808, qui tranche la question dans ce sens n'existerait pas, on n'en devrait pas moins rejeter l'opinion contraire de MM. Dalloz (*Rec.*, v° Mar.) et Zachariæ (III, p. 289) (2).

164. — Néanmoins, il est loisible au chef de l'Etat de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

554. Cet article, tel qu'il est aujourd'hui, n'existe que depuis la loi du 16 avril 1832. L'ancien art. 164, remplacé par celui-ci, ne permettait les dispenses que pour les mariages entre oncle et nièce, tante et neveu; mais non pour ceux entre beaux-frères et belles-sœurs.

555. D'après l'arrêté du 20 prairial an 11, déjà relaté sous l'art. 145, ceux qui veulent obtenir dispense dans l'un des deux cas prévus par notre article, devront adresser leur pétition au procureur de la République de l'arrondissement dans lequel ils se proposent de célébrer leur

---

(1) *Sic :* Cass., 10 nov. 1858 (Dev., 59, 1, 69; *J. Pal.*, 59, 298); Vazeille (I, n° 113); Demolombe (t. III, n° 111); Allemand (t. Ier, n° 68); Aubry et Rau (3e édit., t. III, § 461, n° 11); Massé et Vergé (t. Ier, § 126, note 9).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Empêch.); Toullier (I, 538); Proudhon (I, p. 401); Duranton (II, 168); Demolombe (III, 105).

mariage. Les autres formalités sont celles que nous avons déjà indiquées sous cet art. 145 (voyez l'arrêté du 2 prairial, art. 2 et 5).

556. C'est, selon nous, un mauvais système que celui des dispenses d'empêchements au mariage. Si l'on trouve que le mariage puisse être permis, qu'on le permette d'une manière générale; que si des raisons graves demandent qu'il soit prohibé, qu'on le défende, et qu'on le défende d'une manière absolue.

Que fait notre législateur, au contraire? Il pose un empêchement, et dit, de suite après, qu'il pourra être levé pour des causes graves. Mais la cause grave la plus fréquente, on le sait, c'est la grossesse de la femme; de sorte que les désordres que l'empêchement devait prévenir deviendront, par une triste contradiction, le moyen de faire disparaître cet empêchement; et ce qui devait arrêter le mal en sera précisément l'occasion. Combien de jeunes personnes qui se sont abandonnées à des liaisons coupables et qui auraient eu la force de résister, si elles n'avaient pas eu l'espérance d'un mariage avec leurs séducteurs!

Quoi qu'il en soit de notre manière de voir, *scripta lex;* la loi est ainsi faite, il faut la suivre.

APPENDICE

SUR LES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE.

SOMMAIRE.

I. Empêchement momentané pour la femme veuve.
II. Empêchement résultant de l'adoption.
III. Conditions requises pour le mariage des militaires.
IV. Empêchement entre l'époux adultère et son complice, après la prononciation du divorce pour cette cause. Il continue depuis l'abolition du divorce pour ceux entre lesquels il était né auparavant. — Mais il ne peut pas être transporté au cas de séparation de corps. — L'empêchement au mariage nouveau de deux époux divorcés n'existe plus.
V. Il n'y a plus aujourd'hui à s'occuper des fiançailles, mais *quid* d'une promesse de mariage? — Elle serait nulle, ainsi que la clause pénale qu'on y aurait ajoutée.
VI. *Quid* de l'engagement dans les ordres sacrés et des vœux faits régulièrement dans les communautés autorisées? — Grande controverse. — Ils forment empêchement au mariage, selon l'auteur.
VII. L'impuissance, soit accidentelle, soit naturelle, peut fonder une demande en annulation du mariage, non par elle-même, mais pour erreur dans la personne. Erreur de MM. Duranton, Toullier et Duvergier.

I. — 557. Nous verrons, par l'art. 228, qu'une femme veuve ne peut contracter un nouveau mariage que dix mois après la dissolution du précédent.

II. — 558. D'après l'art. 348, le mariage est prohibé entre l'adoptant, d'une part, et de l'autre, l'adopté, son conjoint et sa postérité;

puis, entre l'adopté et le conjoint ou les enfants, soit légitimes, soit adoptifs, de l'adoptant.

III. — 559. D'après les décrets des 16 juin, 3 août, 28 août et 21 décembre 1808, les officiers, sous-officiers et soldats en activité de service dans les armées de terre ou de mer; les intendants et sous-intendants militaires, leurs adjoints et les élèves en cette partie; les officiers de santé militaires; enfin, les officiers réformés et jouissant d'un traitement de réforme, ne peuvent se marier : les officiers, qu'avec la permission par écrit du ministre de la guerre ou de la marine; les sous-officiers et soldats, celle du conseil d'administration de leur corps.

Les officiers qui auront contrevenu à cette disposition, seront destitués, et perdront, tant pour eux que pour leurs veuves et leurs enfants, tout droit à une pension ou récompense militaire.

IV. — 560. L'art. 298 déclarait incapable de se marier ensemble l'époux coupable d'adultère et son complice, lorsque le divorce avait été prononcé pour cette cause. Aujourd'hui, le divorce est aboli; mais l'empêchement n'en subsiste pas moins pour ceux dont l'adultère aurait fait prononcer le divorce, alors qu'il était encore en vigueur.

En effet, la loi du 8 mai 1816, en supprimant le divorce, n'a pas supprimé les résultats des jugements déjà prononcés. Elle enlève pour l'avenir la *cause* de l'empêchement dont nous parlons; mais elle n'enlève pas les empêchements déjà existants. Cette loi ne dit pas, ni formellement ni implicitement, que les deux coupables pourront se marier désormais ; cette faculté ne ressort ni de son texte ni de son esprit.

On se demande si, aujourd'hui que le divorce n'existe plus, ce ne serait pas entrer dans les vues du législateur que de transporter au cas de séparation de corps ce qui était dit pour le cas de divorce par cet art. 298, et si, en conséquence, on ne devrait pas reconnaître un empêchement au mariage entre l'époux contre lequel la séparation, d'après l'art. 306, a été prononcée pour adultère, et son complice?

La négative ne nous paraît pas douteuse. D'abord un empêchement au mariage ne peut pas s'induire par analogie; il faut qu'il soit écrit dans la loi ou qu'il résulte de ses dispositions par une conséquence rigoureuse. En outre, il n'y a même pas analogie entre les deux cas. En cas de divorce, la disposition de cet art. 298 était rigoureusement nécessaire; si elle n'avait pas existé, un époux aurait pu former une liaison criminelle précisément dans le but de faire prononcer le divorce, et d'arriver ainsi à se marier avec son complice : en sorte que le jugement de divorce, loin de le punir, n'eût été que l'accomplissement de son vœu. Il n'en est plus de même en cas de séparation de corps; car cette séparation laissant subsister le mariage, il n'y a plus lieu à ce coupable calcul. Il n'y a donc pas parité.

Lorsque le divorce était autorisé, les époux entre lesquels il avait été prononcé pour cause de consentement mutuel ne pouvaient jamais se réunir, d'après la disposition formelle de l'art. 295. Cet empêchement a-t-il continué, depuis l'abolition du divorce, entre les époux qui avaient

été divorcés pour cette cause?... Nous ne le pensons pas, et nous décidons sans hésiter que, depuis 1816, les époux dont il s'agit ont pu et peuvent se remarier.

En effet, si le législateur de 1816 a supprimé le divorce, c'est qu'il l'a regardé comme contraire à la morale chrétienne, à la saine morale, qui proclame l'indissolubilité du mariage. Qu'on ne s'y trompe pas; le divorce n'est jamais entré dans nos mœurs, mœurs chrétiennes, quoi qu'on en dise; il était une insulte à ces mœurs; et les mariages, assez rares, que des époux divorcés ont pu contracter avec de nouveaux conjoints, n'ont jamais été, aux yeux du peuple, qu'un adultère légal. Dans tous les cas, et quand cette manière de voir, qui est la nôtre, ne serait qu'un préjugé, toujours est-il que ces idées ont été celles du législateur de 1816; l'abolition du divorce, et la substitution qui lui a été faite de la séparation de corps, ont été, de sa part, un retour aux idées chrétiennes. Donc, empêcher deux époux divorcés de se réunir, de rentrer dans la voie que la morale leur présente comme obligatoire, et de réparer ainsi le scandale par eux donné, ce serait se mettre en contradiction flagrante avec l'esprit bien manifeste de la loi du 8 mai.

On objecte que déclarer ces mariages permis par suite de cette loi, c'est lui donner un effet rétroactif, puisqu'elle rendrait possible ce qu'une loi antérieure avait déclaré impossible à toujours. C'est vrai; mais qu'importe?... Nous avons vu sous l'art. 2, n° XIV, qu'en fait, il peut y avoir et il y a souvent des lois rétroactives, et que ces lois sont quelquefois le retour, le plus prompt possible, à de saines idées, méconnues par une loi antérieure. Tel est précisément le cas dont il s'agit ici.

A coup sûr, notre question n'en serait plus une, si la loi de 1816 avait pris soin de dire, par un article formel, que les époux divorcés par consentement mutuel pourraient désormais se réunir. Or, ce que ses termes ne disent pas, son esprit le dit, son esprit évident; tellement que cette réunion était, non pas seulement permise, mais désirée par la pensée du législateur. Le doute n'est donc pas possible (1).

V. — 561. Notre Code garde un silence absolu sur les empêchements qui résultaient dans l'ancienne jurisprudence : 1° des fiançailles; 2° des vœux religieux; 3° de l'impuissance, soit naturelle, soit accidentelle. Examinons ces différents cas d'après notre droit actuel.

Les fiançailles, cérémonie religieuse par laquelle deux parties se promettaient de s'unir par mariage, et qui créait empêchement à se marier avec toute autre personne, sont aujourd'hui tombées en désuétude. Si quelques traces en restent encore dans le culte catholique, elles n'ap-

---

(1) *Sic :* Toulouse, 10 juin 1852 (*J. Pal.*, 52, 2, 14); Bedel (*De l'adultère*, n° 47); Demolombe (t. III, n° 126); Aubry et Rau (3ᵉ édit., t. IV, § 463, p. 75); Massé et Vergé (t. Iᵉʳ, p. 214).
Contrà : Rodière sur l'arrêt précité.

paraissent qu'au moment même de la bénédiction nuptiale; or, celle-ci ne peut avoir lieu que quand le mariage civil a été célébré. En effet, d'après les art. 199 et 200 du Code pénal (tel qu'il a été fait par la révision du 28 avril 1832), le ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage, avant qu'il lui soit justifié de l'acte reçu par l'officier de l'état civil, serait puni, pour la première fois, d'une amende de 16 à 100 francs; pour la première récidive, d'un emprisonnement de deux à cinq ans; et, pour la seconde, de la détention (avant la loi d'avril 1832, il était, dans ce cas de seconde récidive, puni de la déportation).

Nous n'avons donc pas à nous occuper aujourd'hui des fiançailles. Mais une promesse de mariage pourrait cependant être faite, et nous devons rechercher quel en serait l'effet.

562. En principe, toute obligation par laquelle une personne lierait indéfiniment sa liberté, pour quelque cause et de quelque manière que ce soit, est nulle comme contraire aux mœurs. C'est par une conséquence de ce principe que le législateur, dans l'art. 1780, défend d'engager ses services autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Toutefois, à ce principe général, il est des exceptions qui résultent, soit de textes formels, soit de l'esprit bien manifeste de la loi. C'est ainsi que le mariage, par lequel les parties se lient à toujours, est cependant obligatoire? Eh bien! en est-il de même de la simple promesse de mariage? Fait-elle aussi exception à la règle que nous venons de signaler? Non; une exception ne peut pas se présumer; il faut, si elle n'est pas formellement écrite dans la loi, qu'elle résulte clairement de son esprit. Or, il n'existe rien dans la loi d'où l'on puisse induire cette exception pour les promesses de mariage; et, en effet, cette exception ne devait pas être admise.

C'est au moment même de la célébration qu'il faut exiger le consentement libre des parties; et, tant que le mariage n'est pas contracté, les futurs époux doivent rester maîtres de consentir ou de ne consentir pas. Les formalités, les démarches diverses, que l'approche d'un mariage rend nécessaires, éveilleront l'attention et la réflexion des futurs époux : la publicité du projet provoquera les observations d'un parent, d'un ami. Pour la promesse de mariage, rien de semblable; l'idée d'un mariage, fort éloigné encore, frappera moins l'esprit que celle d'un mariage qu'il s'agit de contracter prochainement. On comprend donc qu'il y aura souvent, dans une simple promesse de mariage, beaucoup plus de légèreté et d'irréflexion que quand il s'agira du mariage lui-même, et que tel qui a consenti à signer une promesse, aurait dit non s'il s'était agi de contracter le mariage. Comment donc la loi, qui exige tant de circonstances diverses pour assurer la liberté et la plénitude du consentement, aurait-elle pu reconnaître comme obligatoire la promesse d'un mariage futur, faite sans aucune de ces circonstances?

Nous verrons plus loin, dans le chapitre des *Oppositions au mariage*, art. 176, que le droit de former opposition à un mariage projeté n'ap-

partient qu'aux personnes à qui la loi l'a formellement accordé (et au ministère public, quand les bonnes mœurs se trouvent directement intéressées). Nous verrons même la loi pousser si loin la sévérité à cet égard, qu'elle exige, à peine de nullité de l'acte d'opposition, et de destitution de l'huissier qui le signifierait, qu'il énonce la qualité qui donne à l'opposant le droit de former cette opposition; si donc la loi avait regardé comme valable la promesse de mariage faite à une personne, elle eût accordé à cette personne le droit de s'opposer au mariage que celui qui l'a souscrite voudrait contracter avec une autre. Ainsi, dans l'ancien droit, où la promesse de mariage résultant des fiançailles était reconnue valable, le fiancé était mis, quant au droit de former opposition, sur la même ligne que l'époux lui-même (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 81). Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi; l'art. 172, qui permet de former l'opposition en invoquant un premier mariage, ne le permet pas, et aucun autre texte ne le permet, pour une simple promesse.

La doctrine que nous combattons se réfute d'ailleurs d'elle-même, et il suffit d'en mesurer les conséquences pour la rejeter.

En effet, si la promesse de mariage était déclarée obligatoire dans notre droit actuel, elle aurait un effet devant lequel tout le monde reculera, un effet beaucoup plus étendu que celui des fiançailles dans l'ancienne jurisprudence. Autrefois, quand une opposition avait été formée pour fiançailles, le futur époux assignait l'opposant, pour faire examiner le mérite de l'opposition, devant le juge ecclésiastique qui, s'il trouvait les fiançailles bonnes et valables, les déclarait telles par jugement, et exhortait, en conséquence, l'autre partie à les accomplir; mais, si cette partie persistait dans son refus, le juge lui imposait une pénitence, puis prononçait ensuite la dissolution des fiançailles et donnait mainlevée de l'opposition (Pothier, n° 83). On avait compris combien il serait immoral de contraindre à épouser une personne celui à qui il répugne de le faire, ou seulement de le mettre dans l'impossibilité de se marier jamais avec une autre; on avait compris qu'une promesse de mariage ne devait pas, ne pouvait pas avoir les mêmes effets que le mariage lui-même; et que le consentement donné à l'avance devait être renouvelé, et renouvelé avec une entière liberté, au moment même où le mariage est contracté et au milieu des circonstances qui entourent la célébration. Aujourd'hui, ce moyen de briser un lien formé avec trop de légèreté n'existerait pas; la promesse, si on la déclarait valable, ne pourrait pas être ainsi rescindée par un tribunal; et celui qui aurait souscrit une telle promesse se trouverait définitivement forcé ou de garder le célibat, ou d'épouser la personne à laquelle il ne voulait pas se lier.

Il faut donc s'en tenir à cet argument, que toute convention par laquelle on lie indéfiniment sa liberté étant nulle, et la loi n'apportant pas d'exception au principe pour le cas d'une simple promesse de mariage futur, cette promesse reste nulle et non avenue. Et la promesse

étant nulle, il s'ensuit que la clause par laquelle on aurait promis une somme pour le cas d'inexécution, et qu'on appelle ordinairement *clause pénale* ou *dédit*, serait nulle aussi, d'après l'art. 1227 (1).

563. Toutefois, ceci n'empêcherait pas qu'il ne fût dû des dommages-intérêts, à raison des dépenses qui auraient été faites ; attendu qu'on est toujours obligé (art. 1383) à réparer le dommage qu'on a causé à autrui par sa faute (2).

VI. — 564. Il est peu de questions qui aient donné lieu à autant de controverses, surtout depuis quelques années, que celle de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés, et les vœux religieux dans une congrégation légalement autorisée, forment obstacle au mariage civil (3).

Nous laisserons de côté les diverses considérations d'une haute gravité qu'on a fait valoir, soit pour, soit contre le mariage des prêtres, pour n'examiner la question qu'en droit, comme le jurisconsulte, comme tout tribunal doit le faire.

Le prêtre, lors de son ordination, a pris l'obligation formelle et publique de ne jamais contracter mariage, et ce n'est qu'en vertu de cet engagement que l'Église, par le ministère de l'évêque, lui a conféré le caractère sacerdotal. La question à examiner est donc celle-ci : La convention passée entre l'évêque et le prêtre est-elle ou non obligatoire aux yeux du législateur civil ?

En principe, ainsi que nous l'avons déjà dit, la promesse de se marier ou de ne pas se marier, d'embrasser ou de ne pas embrasser telle profession, telle religion, de demeurer toute sa vie dans tel ou tel état, est, quant au for extérieur, nulle de plein droit, comme contraire à la liberté, au libre arbitre de conscience, et portant, dès lors, atteinte aux bonnes mœurs. Mais à ce principe, on le sait, il y a des exceptions. Tel est le contrat de mariage, par lequel chaque contractant enchaîne sa liberté à toujours et jusqu'à la mort d'une des parties, contrat que le législateur cependant, par une consécration des principes chrétiens, déclare pleinement ei indéfiniment obligatoire.

Une seconde exception avait toujours été admise dans l'ancien droit et d'après les mêmes vues, pour l'obligation diamétralement opposée,

---

(1) Rej., 17 août 1814, 21 déc. 1814 ; Rouen, 28 fév. 1815 ; Rej., 6 juin 1821; Poitiers, 29 mai 1834 ; Rej., 7 mai 1836 ; Cass., 11 mai 1838; Rej., 30 mai 1838 ; Nîmes, 25 janv. 1839 ; Douai, 3 déc. 1853 (Dev., 34, 2, 354 ; 36, 1, 574 ; 38, 1, 492 ; 39, 2, 177 ; 54, 2, 193).

(2) Colmar, 13 mai 1818, 23 janv. 1833 ; Rej., 27 juin 1833, 24 mars 1845 ; Bordeaux, 23 nov. 1852 ; Grenoble, 18 mars 1864 ; Rouen, 15 janv. et 24 fév. 1865 (Dev., 33, 1, 548 ; 34, 2, 40 ; 45, 1, 539 ; 53, 2, 245 ; 65, 2, 169 ; 65, 2, 5 ; *J. Pal.*, 54, 2, 369 ; 65, 730 ; 65, 88.

Jugé qu'il y a lieu à dommages-intérêts aussi bien dans le cas d'un préjudice moral que dans le cas d'un préjudice matériel. Nîmes, 2 juin 1855 (*J. Pal.*, 55, 1, 297).

(3) *Nég.* Merlin (*Rép.*, vº Célibat, nº 2); Toullier et Duvergier (I, 560); Dalloz aîné (*Rép.*, vº Mariage) ; Valette (I, p. 415) ; Richefort (I, 217); Demolombe (III, 131); *Aff.* Favard (*Rép.*, vº Mar., sect. 1); Duranton (II, 201); Zachariæ (III, p. 285-288); Dalloz jeune (*Dict.*, vº Mar., nº 219) ; Mailher de Chassat (*Statuts*, nº 175) ; Fœlix (*Rev. étrang.*, déc. 1837, p. 92). Voy. la jurisprudence à la page 439, note 1.

celle de ne jamais se marier, quand elle était contractée avec les conditions et solennités voulues. Jusqu'à la loi du 13 février 1790, la loi tint pour civilement obligatoires les vœux solennels de célibat perpétuel; aussi fallut-il un acte législatif pour déclarer que désormais ces vœux ne seraient plus confirmés par la loi civile. Maintenant, cette nullité, aux yeux de la loi civile, de tous vœux de célibat, existe-t-elle encore? Évidemment non. Le Concordat, organisé en loi de l'État par la loi du 18 germinal an 10, ne permet certes pas de déclarer *prohibé, illégal,* l'engagement que prend le prêtre lors de son ordination..... Cette obligation, que le candidat au sacerdoce contracte librement et en majorité, à la face de la société entière et avec cette société même représentée par l'évêque, cette obligation, disons-nous, est bien certainement *permise* par la loi, elle est *légale;* or, toutes les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); donc l'engagement pris par le prêtre de garder le célibat, est et reste obligatoire, même civilement.

Comment prétendre illégal et contraire à notre droit, l'engagement que le prêtre catholique contracte comme condition essentielle de son ordination? Les évêques, chanoines et curés ne sont-ils pas (à tort ou à raison) des fonctionnaires publics rétribués par l'État, nommés même par le chef de l'État? N'avons-nous pas les autorités ecclésiastiques, comme les autorités judiciaires, civiles et militaires? Et quand il s'agit, pour le candidat, d'une circonstance publique et solennelle de sa promotion; quand il s'agit d'une condition dont l'accomplissement est indispensable à son entrée dans un des corps de l'État, on se demanderait si cet accomplissement est un fait *illégal et contraire à l'ordre public!!!*

Qu'on nous dise, dans le système contraire, quelle différence resterait entre les vœux perpétuels du prêtre, consacrés par la loi, et les vœux perpétuels des religieux et religieuses, que cette même loi prohibe (loi du 18 août 1792; décret du 3 messidor an 12). N'est-il pas clair que cette différence consiste uniquement en ce que le vœu de célibat perpétuel fait par le prêtre catholique sera sanctionné et garanti par la loi; tandis que, pour tous autres, ce même vœu sera abandonné à leur conscience, sans que la loi le reconnaisse ni en tienne compte? Il n'y a pas d'autre sens possible à cette distinction.

565. Du reste, les lois de la Révolution ayant permis et encouragé le mariage des prêtres, ceux qui n'ont pas voulu continuer ou reprendre leur ministère depuis le Concordat n'ont pas perdu la faculté que ces lois leur accordaient; et un nouvel engagement de célibat n'ayant pas été contracté par eux, ni formellement ni tacitement, depuis la résolution du premier, notre doctrine ne saurait leur être applicable. Ceux-là, donc, sont abandonnés à leur conscience. Mais pour tous ceux qui ont été ordonnés depuis le Concordat, ou qui, depuis ce moment, ont continué ou repris leur ministère, le mariage est impossible.

Deux circulaires du ministre de la justice (14 janvier 1806 et 30 janvier 1807) ont été données dans ce sens, et c'est toujours dans ce sens aussi que la question a été décidée par les arrêts (1).

566. M. Demolombe, le plus récent des auteurs qui décident la question en sens contraire, s'attache à réfuter les arguments que nous avons présentés ; mais ses réponses nous paraissent peu satisfaisantes, notamment quant à la différence que la loi fait entre le vœu perpétuel des prêtres et le vœu perpétuel des religieuses. M. Demolombe nous répond (p. 208, 209) que la loi n'entend sanctionner en aucune façon le vœu perpétuel du prêtre, et que, si elle ne le prohibe pas, c'est uniquement pour ne pas gêner sa liberté de conscience. Ainsi, dans le système contraire, ce vœu ne serait qu'une pure affaire de conscience, de for intérieur, et n'obligerait à rien dans l'ordre civil. Mais, s'il en était ainsi, il est clair que la loi mettrait le vœu des religieuses sur la même ligne ; car elle n'a sans doute pas la prétention d'empêcher une religieuse, ni tout autre individu, de faire quant au for intérieur tel vœu qu'il lui plaira !... Il est bien évident que toute personne peut prendre tel engagement de conscience qu'elle voudra, et que la loi civile n'a rien à voir là. Donc, quand cette loi prohibe le vœu perpétuel des religieuses, elle entend un vœu qui serait légalement efficace. Donc, c'est aussi d'un vœu légalement efficace qu'elle entend parler, quand elle permet ce vœu perpétuel pour le prêtre.

VII. — 567. L'impuissance, naturelle ou accidentelle, est-elle encore, comme dans l'ancien droit, un empêchement au mariage ?... Aucun texte de loi n'indique, ni explicitement ni implicitement l'impuissance comme empêchement au mariage, et, puisque les empêchements ne peuvent pas se suppléer par le raisonnement, il semble que le mariage ne pourra jamais être annulé pour cette cause.

Toutefois, si l'impuissance n'est pas un empêchement par elle-même, elle rentre dans une cause d'empêchement plus générale, prévue par l'art. 180. D'après cet article, le mariage ne peut être valable sans un consentement libre et exempt d'*erreur dans la personne*. L'époux dont le conjoint se trouve impuissant pourra donc, s'il a été trompé sur ce point, faire annuler pour erreur dans la personne ; attendu qu'il ne s'est marié avec cette personne que parce qu'il la croyait apte au but principal du mariage et que, s'il avait su ce qu'elle est, il n'aurait pas formé le contrat.

Nous prouverons en effet plus loin (art. 180, n° III) que, par les mots *erreur dans la personne,* la loi a entendu parler, non pas de l'erreur provenant de la substitution d'une personne à une autre, mais de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

---

(1) Bordeaux, 20 juillet 1807 ; Turin, 30 mai 1811 ; Paris, 27 déc. 1828, 14 janv. 1832 ; Rej., 21 fév. 1833 ; Limoges, 17 janv. 1846 ; Rej., 23 fév. 1847 (Dev., 33, 1, 168 ; 47, 1, 177) ; Alger, 11 déc. 1851 ; Trib. d'Agen, 6 juillet 1860 ; d'Angoulême, 23 août 1864 ; de la Seine, 25 janv. 1865.

Contrà : Trib. de Périgueux, 31 juillet 1862 ; Demolombe (t. III, n° 131) ; Allemand (t. Ier, n° 243) ; Lesenne (*Condit. civ. des prêtres*, p. 92).

D'après ce principe, l'impuissance formera empêchement au mariage et sera un moyen d'annulation, aussi bien quand elle sera *naturelle,* c'est-à-dire quand elle consistera dans un vice de conformation apporté en naissant, que quand elle sera *accidentelle,* c'est-à-dire quand elle résultera d'un événement postérieur à la naissance.

Cependant M. Duranton (II, nos 67-71), Toullier et M. Duvergier (I, n° 525), tout en admettant notre principe, enseignent qu'il ne peut recevoir son application que quant à l'impuissance accidentelle, et disent que les deux art. 312 et 313 s'opposent à ce qu'il soit appliqué au cas d'impuissance naturelle. Leur raison est que, dans ces articles, la loi permet bien au mari de désavouer l'enfant de sa femme, en invoquant un éloignement ou un *accident* qui l'aurait mis dans l'impossibilité de cohabiter avec cette femme pendant tout le temps auquel peut remonter la conception, ne lui permet pas cependant d'invoquer, pour arriver au même but, son impuissance naturelle... Ainsi, de ce que la preuve de l'impuissance naturelle n'est pas admise dans ce cas, on en conclut qu'elle ne peut jamais l'être; la conclusion est-elle bien logique? Non évidemment. Que le mari ne puisse pas argumenter de sa propre impuissance, on le conçoit. Il est en faute d'avoir contracté le mariage, alors qu'il se savait incapable d'en remplir le but, et cette faute a pu être la cause, ou du moins l'occasion de l'adultère de sa femme; on pourrait même dire qu'elle en est une excuse, s'il était jamais possible d'excuser le crime. Que le mari donc ne soit pas écouté, dans ce cas, rien d'étonnant. Mais est-ce là une raison pour dire qu'on ne devrait pas non plus écouter la femme, argumentant de l'impuissance de son mari et demandant la nullité du mariage, attendu qu'*il y a eu erreur dans la personne?* Non, assurément, et nous ne voyons pas comment on éluderait, dans ce cas, l'application de l'art. 180.

Ce système, dit-on, entraînerait de graves inconvénients, à savoir: 1° que cette doctrine permettrait à deux époux de faire annuler d'un commun accord leur mariage, sans qu'aucune cause réelle d'annulation existât: l'un prétendrait que son conjoint est impuissant, et celui-ci refuserait de se prêter à la visite des gens de l'art; en sorte que le mariage serait annulé sans que cette prétendue impuissance fût constatée; 2° qu'il serait souvent difficile de constater, d'une manière certaine, l'impuissance naturelle, et que, dans tous les cas, des débats sur de semblables matières entraîneraient un scandale préjudiciable pour les mœurs.

A cela nous répondrons que le premier danger qu'on nous signale n'est pas aussi grand qu'on veut le supposer. Sans doute on ne pourra pas contraindre un époux à subir une visite de gens de l'art. Mais d'abord, il sera bien rare qu'une personne préfère à cette visite la réputation imméritée de conformation monstrueuse. D'ailleurs, de ce que l'époux aura refusé de se prêter à l'examen des médecins, le tribunal sera-t-il donc tenu par cela seul de reconnaître l'impuissance comme suffisamment prouvée? Non, sans doute; il interrogera les circonstances, et s'il lui apparaît quelque indice qui lui fasse soupçonner

l'accord frauduleux des époux, il rejettera la demande. Que s'il arrive quelquefois qu'une demande soit admise, alors que l'impuissance n'existait réellement pas, c'est là un malheur résultant, dans cette matière comme dans toutes les autres, de ce que les hommes ne sont point infaillibles dans leurs jugements; mais la crainte de ce malheur ne doit pas faire refuser à un individu l'exercice d'un droit qu'il tient de la nature même...

Quant à la considération de l'impossibilité où l'on sera quelquefois, même après l'examen des gens de l'art, de savoir positivement s'il y a ou non impuissance, elle est complétement insignifiante, puisque alors le tribunal aura tout simplement à rejeter la demande, faute de preuves.

Enfin, la dernière considération n'est pas plus grave. La crainte du scandale ne doit pas plus arrêter ici qu'ailleurs; et c'est pour ce cas, comme pour tous les autres, que le législateur a porté la disposition de l'art. 87 du Code de procédure, qui dit que quand les débats seront de nature à entraîner du scandale ou des inconvénients graves, ils pourront avoir lieu à huis clos. Il est clair, en effet, que la crainte du scandale ne pouvait pas empêcher les citoyens de se faire rendre justice devant les tribunaux civils, comme elle n'empêche pas la vindicte publique d'avoir son cours devant les tribunaux criminels.

Rien donc ne saurait soustraire ce cas à l'application de l'art. 180 (1).

CHAPITRE II

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

568. Au titre *des Actes de l'état civil,* nous avons laissé sans explication les art. 63 à 76, formant le chap. III, relatif aux actes de mariage. Dix de ces articles vont être expliqués dans notre chap. II; les quatre autres (66 à 69), relatifs aux oppositions, le seront dans le chapitre suivant.

63. — Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune. Ces publications, et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites : il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté

(1) *Conf.* Merlin (*Rép.*, v° Impuiss.); Vazeille (I, 93); Chardon (*Dol*, I, 23); Valette (I, 395); Demolombe (III, 254); Trèves, 27 janv. 1808; *id.* 1er juillet 1810. Il faut lire surtout la dissertation de M. Chardon.

Contrà : Toulouse, 10 mars 1858 (Dev., 58, 2, 660; *J. Pal.*, 59, 553); Aubry et Rau (3e édit., t. IV, § 461).

et parafé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement.

64. — Un extrait de l'acte de publication sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication.

65. — Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite.

569. Le mariage de deux individus intéresse leur famille et la société entière, puisqu'il opère en eux un changement d'état civil. La loi devait donc exiger pour le mariage la plus grande publicité.

En conséquence, tout projet de mariage doit être porté à la connaissance de tous les citoyens. Dans ce but, la loi exige d'abord deux annonces ou publications faites par deux dimanches consécutifs devant la porte de la mairie. Toutefois, comme très-peu de personnes se réuniraient pour entendre ces annonces, on s'en dispense ordinairement dans la pratique, et l'on regarde, avec raison, comme suffisante l'affiche qui reste à la porte de la mairie d'un dimanche à l'autre.

Pour que ceux qui connaîtraient quelque cause d'empêchement au mariage, aient le temps d'y former opposition ou de faire connaître cette cause, le mariage ne peut être célébré que le troisième jour après le second dimanche. Ainsi, un mariage publié le dimance 9 avril 1837, puis le dimanche 16 du même mois, ne pourra être célébré que le mercredi 19.

570. On ne pouvait pas, après les publications faites, permettre de célébrer le mariage à quelque époque que ce fût. Après plusieurs années écoulées sans que le projet de mariage se soit réalisé, il est tout naturel de croire que les parties n'y songent plus, en sorte que le mariage célébré après cet intervalle serait souvent aussi ignoré que celui qu'on célébrerait sans publications.

En conséquence, le mariage doit avoir lieu dans l'année à partir du jour où il a pu se faire. Ainsi, dans l'hypothèse ci-dessus, il pourra être célébré depuis et y compris le 19 avril 1837 jusques et y compris le 18 avril 1838. Il ne pourra plus l'être le 19, quoi qu'en aient dit certains auteurs; car il doit être célébré *dans l'année,* et l'on ne peut pas, dans une année, avoir deux fois le 19 avril.

Ces explications suffisent pour prévenir une erreur, vraiment incroyable, dans laquelle sont tombés certains officiers de l'état civil. Nous avons vu, en 1838, des maires qui, ne se doutant pas des motifs de la loi et ne comprenant pas même le sens grammatical de ces mots : *dans l'année à compter de...*, se sont imaginé que le mariage devait se faire *dans la même année* que la publication, c'est-à-dire avant la fin de décembre de cette année : et l'un d'eux refusa de célé-

brer en février 1839, sans publications nouvelles, un mariage dont les publications avaient eu lieu en novembre 1838, trois mois seulement auparavant !!!

70. — L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer, pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance, ou par celui de son domicile.

71. — L'acte de notoriété contiendra la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins signeront l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, il en sera fait mention.

72. — L'acte de notoriété sera présenté au tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage. Le tribunal, après avoir entendu le procureur de la République, donnera ou refusera son homologation, selon qu'il trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance.

571. On appelle *acte de notoriété* un acte par lequel on atteste qu'un fait est constant, notoire. L'homologation est l'approbation qu'un tribunal donne à un acte qui lui est soumis.

Il ne faut pas croire que l'acte de notoriété dont il est ici question suppléerait, en tout, l'acte de naissance : ce moyen de remplacer l'acte de naissance n'est admis ici que par exception et par faveur pour le mariage.

73. — L'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls et aïeules, ou, à leur défaut, celui de la famille, contiendra les prénoms, noms, professions et domiciles du futur époux, et de tous ceux qui auront concouru à l'acte, ainsi que leur degré de parenté.

572. Lorsque c'est un ascendant qui doit consentir, et que cet ascendant doit assister au mariage, il donne son consentement verbal au moment de la célébration, et un acte écrit de consentement serait alors inutile.

Mais, quand l'ascendant ou les ascendants ne se présentent pas, il faut une preuve écrite du consentement. Il en est de même quand c'est le conseil de famille qui est appelé à consentir; car ce conseil ne peut

pas venir tenir séance et prendre une délibération au moment même de la célébration.

Cette preuve ne peut pas être administrée par un acte sous seing privé; car il serait trop facile d'en supposer un. La loi exige donc un *acte authentique,* c'est-à-dire passé devant notaire (1). Il serait même prudent de ne point passer cet acte en brevet; mais d'en garder minute (l'acte passé en minute est celui dont l'original, écrit en très-petit caractère, *minuta scriptura,* reste déposé dans l'étude du notaire, qui ne délivre qu'une copie ou expédition certifiée conforme; l'acte en brevet est celui qu'on remet lui-même, en original, aux parties). Il serait bon, disons-nous, de garder minute de l'acte; car le brevet pourrait se trouver égaré. Toutefois, comme on le voit par notre article, cette formalité n'est point exigée.

573. Beaucoup de personnes, des notaires même, et des officiers de l'état civil entendent dans notre article, par *futur époux,* celui à qui l'on donne le consentement. C'est une erreur, selon nous. Sans doute, l'indication de celui-ci est nécessaire; mais il n'est pas besoin de le dire, et ce n'est pas d'elle, mais bien de celle de l'autre époux, qu'on aurait pu omettre (et qu'en effet on omet quelquefois), que la loi a cru nécessaire de parler. D'abord, si le législateur n'avait voulu que la désignation de la personne à qui l'on donne le consentement, il eût été bien inutile de le dire : car il est impossible de délivrer un acte de consentement à une personne, sans y désigner cette personne. Mais ce qu'il était dans l'intention du législateur d'exiger, c'est la désignation de la personne avec laquelle l'enfant doit se marier. Ce n'est pas pour flatter la vanité d'un père que la loi demande son consentement au mariage de son fils; c'est surtout pour que le père puisse juger du choix que fait le fils; c'est pour que son expérience supplée à l'inexpérience de celui-ci. Le père ne peut donc pas lui donner son consentement sans examiner avec quelle personne le mariage doit se faire. Par conséquent, le consentement général qu'il lui donnerait de se marier avec qui bon lui semblera, ne serait pas valable. Ce qui le prouve, c'est qu'un premier mariage ne dispense pas celui qui l'a contracté et qui devient veuf, d'obtenir, s'il est encore mineur, le consentement de ses ascendants pour un mariage subséquent. C'est donc la désignation du futur époux, c'est-à-dire de la personne que l'enfant doit épouser, que l'acte de consentement doit contenir.

165. — Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties.

574. Les motifs qui ont fait exiger la publicité pour le projet de mariage, font aussi exiger cette publicité pour sa célébration. Nous verrons plus loin (art. 192 et 193) que le défaut d'un ou de plusieurs

(1) *Contrà :* Pau, 24 mars 1859 (Dev., 59, 2, 521; *J. Pal.*, 59, 534).

éléments de publicité donnera lieu, selon le cas, soit seulement à une amende, soit à la nullité du mariage.

L'un des éléments de cette publicité, c'est la célébration dans un pays où les parties sont bien connues, c'est-à-dire au domicile de l'une de ces parties. Ce domicile, comme nous l'avons déjà dit au titre III, n'est pas toujours le même que le domicile ordinaire. Nous verrons un peu plus loin comment il s'établit.

575. C'est par l'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties qu'il doit être procédé au mariage; mais un officier serait-il compétent hors de sa commune? Ainsi, le mariage serait-il légalement célébré, dans la commune où l'un des époux est domicilié, par l'officier de l'état civil d'une autre commune, où est domicilié le second époux?

Nous ne le pensons pas. Un officier de l'état civil perd, selon nous, cette qualité, et devient un individu privé, quand il est hors de la commune pour laquelle cette qualité lui est attribuée. Un maire, dès qu'il n'est plus dans sa commune, n'est plus un maire; c'est alors, et quant à la commune dans laquelle il se trouve, un simple citoyen. Toutefois, et quoique le mariage célébré dans une commune par l'officier d'une autre commune ne nous paraisse pas régulier, comme la loi n'est pas explicite à cet égard, on ne pourrait pas en prononcer la nullité pour cette seule cause (1).

166. — Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre *Des Actes de l'état civil,* seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.

167. — Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.

576. L'explication de ces deux articles sera donnée avec celle de l'art. 74, à laquelle nous arriverons immédiatement après l'art. 171. Qu'il nous suffise de dire, quant à présent, que notre article 167, dont la rédaction est vicieuse et embrouillée, équivaut à cette proposition : Néanmoins, si le domicile actuel n'est établi *que par résidence,* de telle sorte qu'étant le domicile quant au mariage, il ne soit pas en même temps le domicile réel ordinaire, les publications seront faites à la municipalité de ce domicile réel.

---

(1) *Sic :* Paris, 5 janv. 1852; Colmar, 27 fév. 1852 (Dev., 52, 2, 488; *J. Pal.*, 53, 1, 30). — Jugé cependant que le mariage est nul, lorsqu'il est contracté en France entre une Française et un étranger dans l'hôtel d'un agent diplomatique étranger et suivant les formes prescrites par la loi étrangère. Paris, 6 avril 1869 (Dev., 70, 2, 178). J. Seine, 2 juillet 1872 (Dev., 72, 2, 248). L'incompétence de l'officier qui a procédé à la célébration du mariage constituant une nullité absolue, il ne peut, malgré une possession d'état constante, y avoir lieu à la fin de non-recevoir édictée par l'art. 196 (même jugement).

168. — Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.

577. On voit que, d'après ces deux articles, il pourra quelquefois être nécessaire de faire faire les publications dans huit communes différentes. En effet, chacun des deux époux peut être domicilié, quant au mariage, dans une commune, avoir dans une seconde son domicile ordinaire, et être ensuite soumis à la puissance de deux aïeuls ou aïeules domiciliés l'un dans une troisième, l'autre dans une quatrième commune.

578. Par *ceux sous la puissance desquels une partie contactante se trouve* il faut entendre, non pas seulement ceux dont le *consentement* lui est nécessaire, mais aussi ceux dont elle doit requérir le *conseil;* car c'est être sous la puissance d'un ascendant, c'est être dépendant de lui, que d'être tenu de lui demander son conseil. D'ailleurs, celui dont le conseil doit être demandé, a le droit de former opposition au mariage et de l'empêcher tant que ce conseil n'aurait pas été demandé : il faut donc qu'il puisse connaître le projet de mariage, et s'opposer à la célébration à laquelle un époux voudrait arriver sans l'avertir, en trompant l'officier de l'état civil.

579. Si le consentement à obtenir était celui du conseil de famille, c'est au domicile de ce conseil de famille qu'il faudrait faire les publications demandées par notre article. Il est clair, du reste, que ce n'est pas au domicile de chacun des parents ou amis composant le conseil, qu'on ferait les publications; car chacun de ces parents n'est pas le conseil de famille. Le conseil de famille, c'est l'ensemble des différents membres qui le composent; or, comme la réunion de ces parents se fait chez le juge de paix, président du conseil, le domicile de celui-ci est véritablement le domicile du conseil de famille. C'est donc dans la commune où se trouve le domicile de ce juge de paix que devront se faire les publications.

169. — Il est loisible au chef du Gouvernement ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication.

580. D'après les art. 3 et 4 de l'arrêté du 20 prairial an 11, déjà cité sous les art. 145 et 164, les dispenses de seconde publication sont directement accordées par le procureur de la République près le tribunal dans l'arrondissement duquel les parties se proposent de célébrer leur mariage. Il est rendu compte ensuite, au ministre de la justice, des causes qui ont donné lieu aux dispenses. La dispense sera déposée au secrétariat de la commune où le mariage est célébré. Le secrétaire en délivre une expédition dans laquelle il est fait

mention du dépôt et qui demeure annexée à l'acte de célébration (1).

On conçoit facilement pourquoi on a permis, dans ce cas, au procureur de la République, d'accorder lui-même la dispense sans qu'il faille recourir au chef du Gouvernement, comme dans le cas de dispense d'âge. S'il avait été nécessaire de s'adresser au ministère, il eût fallu plus de temps pour obtenir dispense de la publication que pour faire cette publication.

581. Par analogie de l'art. 64, qui ne permet de célébrer le mariage que le troisième jour depuis la seconde publication, et qui veut qu'une affiche reste apposée dans l'intervalle de la première publication à la seconde, il faut dire, dans le silence de notre article, que, dans le cas de dispense d'une publication, le mariage ne pourra avoir lieu que le troisième jour après celle qui sera faite, et que, depuis le dimanche midi jusqu'au mardi soir, une affiche devra rester posée, pour donner au mariage autant de publicité qu'il sera possible.

Toutefois, nous pensons qu'en cas de nécessité absolue, en cas, par exemple, de mariage *in extremis* (on appelle ainsi le mariage contracté par un moribond), on pourrait profiter du silence de la loi pour procéder au mariage, après un délai de vingt-quatre heures seulement. Mais, nous ne croyons pas qu'on pût jamais y procéder sans aucun délai. L'absence d'un délai quelconque, qui permette de faire opposition, équivaudrait à une absence de publication; or la loi ne permet de dispense que pour une publication, et non pour toutes deux (2).

170. — Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre *Des Actes de l'état civil,* et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.

SOMMAIRE.

I. Quand les deux parties sont françaises, l'officier du pays et l'agent français sont compétents tous deux; quand l'une seulement est française, l'officier du pays est seul compétent.

II. Le mariage contracté à l'étranger sans avoir été précédé, en France, des publications voulues ou de la réquisition du conseil des ascendants, serait nul.

III. La loi française n'exige point que les Français aient six mois d'habitation à l'étranger pour pouvoir s'y marier.

IV. L'art. 63, auquel celui-ci se réfère, n'est pas le seul qu'il faille appliquer pour les publications à faire en France dans ce cas.

I. — 582. On sait que, d'après une règle qui a déjà été expliquée au titre *des Actes de l'état civil,* sous les art. 47 et 48, lorsque le mariage contracté à l'étranger aura lieu entre deux Français, il pourra être reçu soit par un officier du pays, soit par un agent diplomatique

(1) Il n'appartient pas aux tribunaux de contrôler les motifs pour lesquels le ministère public a cru devoir accorder dispense d'une publication de mariage. Aix, 18 août 1870 (Dev., 72, 2, 69).

(2) *Conf.* Aix, 18 août 1870 (Dev., 72, 2, 69).

français; le premier, en effet, est compétent vis-à-vis d'eux par l'application de la règle *Locus regit actum* (voyez n° VIII de l'art. 3). Le second le serait, d'après les principes ordinaires, puisqu'il est officier public français. Mais, au contraire, pour le mariage contracté par un Français et une étrangère, ou *vice versâ,* l'officier du pays serait seul compétent. En effet, l'officier français le serait bien quant au Français, mais il ne le serait plus quant à la femme étrangère que celui-ci épouse.

Un arrêt de Rouen, qui avait jugé valable un mariage contracté dans ces circonstances devant un agent français, a été cassé (et avec raison) par la Cour suprême, le 10 août 1819.

II. — 583. C'est une question des plus controversées que celle de savoir quel doit être l'effet du défaut de publication en France, pour le mariage contracté par des Français en pays étranger. Delvincourt le croit nul; Merlin (*Rép.*, v° Bans), Vazeille (I, 158) et Zachariæ (III, p. 312), le disent valable; MM. Fœlix (p. 3-15), Duranton (II, 238), Valette (I, p. 412), Duvergier (I, 578), et Demolombe (III, 223-225), procédant plutôt en législateurs qu'en jurisconsultes, créent, en dehors de tous les textes et l'on ne sait trop sur quelles bases, une règle mitoyenne, d'après laquelle il serait tantôt nul, tantôt valable, d'après une appréciation de fait pour laquelle les tribunaux jouiraient d'une entière latitude (1).

Quant à nous, la nullité du mariage dans tous les cas nous paraît seule admissible, en présence de notre article.

En effet, cet article a eu pour but de décider si l'on permettrait aux Français de se marier en pays étranger devant l'officier du pays. La

---

(1) La même divergence se remarque dans la jurisprudence. Toutefois, des cinq arrêts rendus sur la question par la Cour suprême depuis 1830, quatre proclament la nullité du mariage, et l'un d'eux est un arrêt *de cassation*, annulant (6 mars 1837), par des considérants énergiques, un arrêt de Rennes qui avait admis la validité dans les circonstances les plus favorables, ce qui lui donne la plus grande force qu'un arrêt puisse avoir. Sans un dernier arrêt de la chambre des requêtes, qui se prononce en sens contraire, la Cour suprême aurait aujourd'hui une jurisprudence constante dans le sens de la nullité.

Les quatre premiers arrêts sont des 9 mars 1831 (deux arrêts), 6 mars 1837, et 17 août 1841; le dernier est du 18 août 1841 (Dev., 31, 1, 142 et 144; 37, 1, 180; 41, 1, 682 et 873). Voy. aussi 39, 2, 246; 40, 2, 397.

Ce dernier arrêt, rendu malgré les conclusions contraires de M. l'avocat général Pascalis, est d'autant plus étrange que, *la veille*, la même chambre des requêtes avait prononcé la nullité sur les conclusions conformes du même magistrat. On comprendrait ceci, si du jour au lendemain la Cour avait trouvé quelque idée jetant un jour nouveau sur la question; mais, loin de là, elle base sa dernière décision sur les motifs donnés longtemps avant par la Cour de Rennes et qu'avait *réfutés* l'arrêt *de cassation* de 1837.

Comp. Cass., 9 nov. 1846; Bordeaux, 14 mars 1850; Caen, 22 mai 1850; Paris, 9 juillet 1853; Cass., 28 mars 1854; Nîmes, 23 fév. 1858; Paris, 11 juin 1858; Pau, 24 mars 1859; Bastia, 7 mai 1859 (Dev., 47, 1, 55; 52, 2, 561, 566; 53, 2, 401; 54, 1, 295; 58, 2, 385; 60, 2, 333; *J. Pal.*, 47, 2, 118; 51, 2, 136, 142; 59, 514, 534; 60, 1061); Lyon, 21 juin 1871 (Dev., 72, 2, 201).

La jurisprudence paraît établie aujourd'hui en ce sens que le défaut de publication n'entraîne pas nullité, si l'omission de cette formalité n'avait pas pour but d'éluder la loi française, de rendre le mariage clandestin et d'échapper à l'opposition des parents domiciliés en France. Cass., 19 fév. 1866 et 20 nov. 1866 (Dev., 66, 1, 206 et 442; *J. Pal.*, 66, 552 et 1196).

question que l'article résout est donc celle-ci : l'officier d'un pays étranger sera-t-il compétent pour le mariage d'un Français?... A ceci la loi répond que « le mariage contracté en pays étranger, dans les formes de ce pays, sera valable, pourvu qu'il ait été précédé des publications voulues en France, et que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions du chapitre précédent. »

Quoi de plus précis et de plus positif? L'officier étranger, procédant d'après les formes étrangères, sera compétent, et le mariage sera valable, *pourvu que* le Français ait fait faire les publications en France, et accompli toutes les prescriptions du chapitre Ier... Donc si ce Français n'a pas fait faire les publications, ou s'il a contrevenu à l'une des prescriptions du chapitre Ier, l'officier est incompétent et le mariage nul. L'article, ce nous semble, n'a pas *deux* sens possibles; car le mot POURVU QUE n'a jamais eu *deux* significations.

Les conjonctions *si, quand, lorsque,* qui peuvent avoir parfois la même énergie que la conjonction *pourvu que,* ne l'ont pas nécessairement, en sorte que, quand le premier cas d'une alternative est marqué par l'une des premières conjonctions, le second cas ne se trouve pas pour cela résolu d'une manière certaine. Quand je dis : « *Si* vous partez, je partirai », je n'indique pas nécessairement par là ce que je ferai dans le cas contraire; et si la pensée que je garde alors *in mente* peut être celle-ci : « Si vous ne partez pas, je resterai », elle pourrait bien au contraire être celle-ci : « Si vous ne partez pas, je partirai encore. » C'est pour cela qu'on a eu raison de dire qu'il ne faut pas toujours se fier aux arguments *à contrario*. Mais il n'en est pas ainsi de la conjonction *pourvu que;* puisqu'elle exprime un moyen rigoureusement nécessaire, une condition *sine quâ non*...

A ceci, on n'a jamais fait *aucune réponse directe,* mais seulement des *objections* auxquelles nous devons répondre succinctement.

584. On dit d'abord que la nullité ne se trouve pas *expressément* dans l'art. 70... Le contraire nous paraît évident. Est-ce donc que, pour exprimer une nullité, il faut écrire en toutes lettres le mot *nullité?* Est-ce qu'on n'exprime pas qu'il y aura nullité d'un acte, quand on dit que cet acte ne sera *pas valable;* et dire qu'un mariage sera *valable, pourvu que* telle et telle condition soient remplies, n'est-ce pas dire que ce mariage *ne sera valable que* quand les deux conditions seront accomplies; qu'il ne sera *pas valable* sans ces deux conditions?...

On dit ensuite que si la cause dont il s'agit ici est vraiment un empêchement au mariage, ce n'est du moins qu'un empêchement prohibitif, puisqu'on ne la trouve pas indiquée au chapitre IV, où le législateur a eu soin de préciser toutes les causes d'annulation... La réponse est faite d'avance, puisque ce cas, comme on l'a vu, rentre dans l'incompétence de l'officier public, cas formellement prévu au chapitre IV, par l'art. 191.

On ajoute que le *pourvu que* s'appliquant à toute contravention aux règles du chapitre Ier, et dès lors au simple défaut d'actes respectueux,

cela prouve qu'il ne s'agit pas d'une nullité. Mais on conçoit que le législateur devait tenir à ce qu'un descendant, même majeur, ne fît jamais à son ascendant l'outrage de se marier sans lui demander au moins son avis, sans l'avertir de son projet. Or, si pour les mariages contractés en France cette prescription trouve une garantie suffisante dans l'emprisonnement qu'encourrait l'officier public (art. 157), cette garantie n'existerait plus pour les mariages contractés à l'étranger, et il fallait bien que le législateur recourût à un autre moyen.

Cette même absence d'une peine applicable à l'officier contrevenant, répond à ceux qui prétendent que le législateur n'a pas pu attacher la nullité au défaut de publication pour les mariages faits à l'étranger, parce qu'il ne le fait pas pour les mariages qui se font en France.

On insiste en disant que ces principes peuvent s'appliquer au Français qui quitte son pays tout exprès pour aller se marier à l'étranger, mais non à ceux qui demeurent depuis longtemps hors de France, et qui peuvent même n'avoir plus de domicile dans leur patrie... Mais l'art. 170 ne fait aucune distinction; sa règle est simple et absolue, elle ne laisse rien à l'appréciation du juge. Si sa disposition entraîne nullité, c'est pour tous les mariages, et les tribunaux n'ont pas le droit d'en maintenir un seul; que s'il n'emportait pas nullité, cette nullité ne serait possible pour aucun, et les tribunaux commettraient un excès de pouvoir en en brisant un seul; il est bien impossible de rien voir de facultatif dans l'art. 170...

Et que parle-t-on d'impossibilité de publier le mariage en France? est-ce que le Français, à quelque époque que ce soit, n'aura pas toujours en France son domicile d'origine? Et ce Français, qui peut toujours faire publier en France, ne le doit-il pas toujours, ne fût-ce que par respect et soumission pour la loi de son pays? Quand la patrie, pour ne contrarier ni les besoins ni les goûts de ses enfants, les laisse se marier où ils veulent, et qu'elle vient ensuite adopter pour sa fille l'épouse que le Français s'est choisie, et entourer de tous les droits civils le contrat qui s'est formé au loin, elle accorde une faveur qu'elle eût été maîtresse de refuser ; or, pourquoi donnerait-elle cette faveur au fils qui n'a pas daigné se souvenir d'elle ni l'informer de son union, malgré la loi formelle qu'elle lui en faisait?

Mais, en définitive, il n'y a dans tout ceci que des objections, des considérations qui auraient plus ou moins de force *en législation* et s'il s'agissait de refaire la loi, mais qui sont sans valeur devant le pouvoir judiciaire, alors qu'il s'agit d'appliquer la loi telle qu'elle est. La seule et unique question *de droit* se trouve être ici cette question de grammaire : La conjonction *pourvu que* indique-t-elle une condition indispensable ?

Il est surtout un argument qui paraît être le principal du système de la validité, qui se trouve encore reproduit dans l'arrêt du 18 août 1841, et qu'on doit pourtant écarter comme un cercle vicieux qui résout la question par la question. C'est celui dans lequel la négation de la nullité pour le défaut de publications se déduit de ce qu'*il n'y a pas*

nullité pour contravention aux règles du chapitre Ier, quoique ce second cas soit cependant soumis aussi au POURVU QUE...

Qui ne voit que cette proposition, dont on fait un point de départ, comme si c'était un principe constant, est précisément une question, aussi bien que la nullité pour absence des publications ! Il est clair, en effet, que si les mots *pourvu que* entraînent nullité pour un cas, ils l'entraînent aussi pour l'autre ; et que, s'ils ne l'emportent pas pour le premier, ils ne l'emportent pas pour le second. Chacun des deux cas est en discussion comme l'autre, controversé comme l'autre ; et, au lieu d'argumenter de l'un pour résoudre l'autre, ce qui fait une pétition de principe, il faut bien reconnaître que tous deux présentent une même question, cette question unique :

La conjonction *pourvu que* n'exprime-t-elle pas une condition *sine quâ non ?*... L'affirmative nous paraît incontestable (1).

III. — 585. Les mariages, en France, ne sont régulièrement célébrés que par-devant l'officier de l'état civil du lieu où l'une des deux parties avait son domicile quant au mariage, c'est-à-dire six mois continus de résidence (art. 74, 165 et 191 combinés). En sera-t-il de même de ceux contractés par des Français à l'étranger ? Un Français et une Française qui iraient demeurer dans un pays étranger, ne pourraient-ils s'y marier qu'après six mois d'habitation ? Nous ne le pensons pas. Le législateur qui fait un article exprès pour nous indiquer sous quelles conditions le mariage célébré à l'étranger sera valable, et qui porte une disposition formelle pour exiger l'accomplissement des publications et des diverses conditions demandées par le chap. Ier, ne parle point de cette habitation de six mois, constitutive d'un domicile sans lequel le mariage pourrait être annulé. Et, en effet, la nécessité de ce domicile, de cette habitation de six mois, n'est imposée par la loi que comme un des éléments de la publicité du mariage ; la loi veut que les époux soient connus dans le lieu où ils se marient. Or, quelle plus grande publicité le mariage aurait-il en France, parce que les époux auraient attendu en Angleterre que six mois se fussent écoulés depuis leur arrivée ?... On n'aura donc à suivre sur ce point que les règles du pays où le mariage sera célébré.

IV. — 586. Maintenant, comment faut-il entendre l'obligation des publications à faire en France, imposée aux citoyens qui veulent se marier à l'étranger ? Notre article, en imposant cette obligation, ne se réfère qu'à l'art. 63, et cet art. 63 n'ordonne les publications qu'au domicile actuel des futurs époux. Au contraire, dans notre chapitre, les deux art. 167 et 168 étendent cette obligation et veulent que les publications soient faites, non plus seulement : 1° au domicile quant au mariage ; mais aussi 2° au domicile réel, s'il est distinct, et 3° au domicile de ceux à la puissance desquels les futurs époux sont soumis.

(1) *Conf.* Colmar, 2 janv. 1825 ; Paris, 30 mai 1829 ; Paris, 4 juillet 1829 ; Montpellier, 15 janv. 1830 ; Rennes, 6 juillet 1840 ; puis les trois arrêts de la Cour suprême indiqués à la note précédente.

L'art. 63, le seul visé par notre article, est-il aussi le seul qu'il faille appliquer aux mariages contractés à l'étranger?

Évidemment non. Dans les art. 63, 64 et 65, une seule idée frappe le législateur, c'est la nécessité de publications en général, et il ne parle de ces publications que pour indiquer comment, par qui, combien de fois, et à quels jours elles seront faites; comment elles seront constatées, etc. Quant au point de savoir dans quels lieux elles doivent être faites, ce n'est pas là qu'il l'examine, mais bien dans nos art. 166, 167 et 168. Notre article, en se référant à l'art. 63, se réfère donc aussi implicitement, non pas seulement aux art. 64 et 65, mais encore aux art. 166, 167 et 168, qui sont tous le développement et l'accessoire de cet art. 63. La publication en France étant le seul moyen d'y connaître le mariage qu'un Français veut contracter à l'étranger, la loi n'a pu être moins rigoureuse dans ce cas que dans celui du mariage contracté en France.

Ceux donc qui veulent se marier à l'étranger doivent faire publier leur mariage au domicile qu'ils ont en France, puis au domicile de ceux sous la puissance desquels ils sont encore.

171. — Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.

587. Rien, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, n'autorise à dire que le défaut de transcription de l'acte dans le délai voulu entraînerait nullité du mariage (1); il n'y a même aucune peine directement appliquée par la loi à l'inaccomplissement de cette condition.

Cette disposition, toutefois, ne sera pas dépourvue de sanction, et son inaccomplissement ne resterait pas sans effet. Le défaut de transcription dans le délai fera que le mariage ne pourra être opposé à ceux qui auraient intérêt à le méconnaître.

Par exemple : aux termes de l'art. 2105, 2°, la femme a, du jour du mariage, sur tous les immeubles de son mari, une hypothèque légale, existant indépendamment de toute prescription. Or, supposons que quatre mois après le retour en France d'un Français marié à l'étranger, Titius lui prête une somme de 50 000 francs avec une hypothèque, qui était la première, sur tous les biens de l'emprunteur; si plus tard la femme venait pour exercer ses droits et primer Titius, celui-ci l'écarterait et passerait avant elle. Elle est en faute, en effet, de n'avoir pas fait faire la transcription de son acte de mariage, au moyen de laquelle Titius aurait pu savoir à la mairie que son emprun-

(1) *Sic* : Bordeaux, 14 mars 1850 (Dev., 58, 2, 561; *J. Pal.*, 51, 2, 136). Jugé que la transcription dont parle l'art. 171 peut avoir lieu après les trois mois du retour en France et même après le décès du mari. Nîmes, 23 fév. 1858 (Dev., 58, 2, 385; *J. Pal.*, 59, 514). — *Adde* : Lyon, 21 juin 1871 (Dev., 72, 2, 201).

teur était marié, et, par conséquent, grevé d'une hypothèque légale au profit de sa femme.

Il en serait autrement si l'acte avait été transcrit dans les trois mois après le retour en France, et que Titius eût consenti le prêt vingt-cinq jours ou trois semaines avant la transcription. Il est bien vrai qu'alors le prêt a eu lieu à un moment où il n'y avait encore, pour le prêteur, aucun moyen de savoir que son emprunteur était marié ; mais ici c'est le prêteur qui est en faute d'avoir contracté avant l'expiration du délai accordé par la loi pour faire faire la transcription. Tant que les trois mois ne sont pas expirés, il n'y a rien à reprocher aux époux, et ce n'est qu'après ce délai que l'absence d'acte sur les registres peut et doit faire croire qu'il n'y a pas de mariage.

74. — Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile. Ce domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune.

SOMMAIRE.

I. Le domicile établi par six mois de résidence est le seul où le mariage puisse être célébré.

II. Ce domicile, une fois acquis dans une commune, y continue encore pendant six mois après la cessation de la résidence.

I. — 588. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens de cet article. Les uns prétendent que, par cette disposition, le législateur n'a point entendu enlever la faculté de se marier à son domicile ordinaire ; mais qu'il a voulu au contraire accorder, pour les mariages et dans le but de les faciliter, un second domicile qui existe simultanément avec l'autre. Dans cette première opinion, on aurait, quant au mariage, 1° un domicile spécial, s'établissant par une simple résidence de six mois ; puis, 2° le domicile ordinaire, qui resterait domicile quant au mariage, comme pour tout le reste. Ainsi, un mineur de vingt ans, qui demeure et a toujours demeuré à Paris, mais dont le tuteur est domicilié à Versailles, pourrait se marier à Paris, parce qu'il y a une résidence de plus de six mois, et aussi à Versailles, parce qu'il y a son domicile réel.

Les autres soutiennent que le domicile dont parle notre article est le seul que la loi reconnaisse pour le mariage. On ne devait, disent-ils, célébrer le mariage que dans un lieu où les époux fussent connus ; or, il n'en serait pas ainsi, si le mariage pouvait toujours avoir lieu au domicile réel, puisque l'on peut avoir ce domicile dans une commune où l'on n'a jamais mis le pied. Ce n'était donc pas d'après les règles ordinaires que le domicile devait s'établir quant au mariage ; on ne pouvait permettre la célébration que dans la commune dans laquelle les époux (ou l'un d'eux) auraient demeuré un certain temps.

C'est d'après ces vues qu'aurait été fait notre article, d'après lequel le domicile établi par six mois de résidence serait le seul qu'on pût invoquer pour le mariage.

Nous ne balançons pas à adopter ce second sentiment, d'abord par les motifs que nous venons d'indiquer en l'exposant; et, en outre, parce que les termes de notre art. 74 ne nous paraissent pas susceptibles d'un autre sens. En effet, où un individu peut-il se marier? C'est, d'après l'article, dans la commune où il a *son domicile*. Mais comment s'établit *ce domicile, le domicile quant au mariage?* C'est, répond l'article, par six mois d'habitation dans la même commune.

589. A cette doctrine, on fait une objection que nous ne devons pas laisser sans réponse... Il a dû, dit-on, entrer dans le dessein du législateur de faciliter les mariages, et une foule de dispositions prouvent suffisamment cette volonté chez lui; or, la doctrine qui veut que le domicile établi par six mois de résidence soit le seul quant au mariage, rendrait les mariages moins faciles et quelquefois impossibles pendant quelque temps. En effet, que deux personnes qui avaient à Rouen leur résidence et leur domicile réel tout à la fois, s'en viennent les fixer à Paris; le mariage qu'elles se proposent de contracter ensemble leur sera impossible pendant six mois, puisque jusqu'à l'expiration de ces six mois (après lesquels elles pourraient se marier à Paris), elles n'auraient nulle part de domicile quant au mariage.

Cet inconvénient, d'abord, n'est pas aussi grand qu'il le paraît au premier coup d'œil. Il arrivera bien rarement, en effet, que ni l'un ni l'autre des époux n'ait dans une commune six mois d'habitation. Si le mariage était aussi pressé qu'on le suppose, ne pouvaient-ils pas se mettre en mesure de le contracter avant leur départ de l'ancienne commune? Chacun d'eux, ou au moins l'un d'eux ne pouvait-il pas rester dans cette commune quelque temps encore, et jusqu'à ce que le mariage fût célébré? Non, dit-on; il y avait nécessité, et nécessité pour tous deux, de partir de suite. — Alors, à la vérité, le mariage serait impossible pendant quelques mois, s'il n'était pas permis dans ce cas de le célébrer au domicile précédent; mais nous allons voir au numéro suivant que cette faculté existe. Maintenant, quand même cette faculté n'existerait pas, quand même on n'adopterait pas la théorie que nous allons donner sur ce point, et qu'on serait forcé d'admettre cette impossibilité momentanée, nous répondrions encore que si, d'un côté, le législateur devait tenir à favoriser les mariages, il devait tenir aussi, et par-dessus tout, à ne pas permettre qu'un mariage pût jamais être célébré sans aucune publicité, sans que le projet en fût annoncé aux personnes connaissant les parties. Or, il est facile de comprendre que ce mariage quasi clandestin serait le résultat de la doctrine que nous repoussons. Car, d'après cette doctrine, deux futurs époux qui viennent fixer leur domicile à Paris, où personne ne les connaît, pourraient non-seulement s'y marier quinze jours après leur arrivée... mais ils pourraient même le faire sans qu'on pût exiger d'eux des publications au domicile précédent, en sorte que le mariage aurait lieu sans qu'aucune des personnes qui connaissent ces futurs époux en eût entendu parler.

En effet, la loi n'exige les publications au domicile précédent qu'au-

tant que le domicile actuel ne serait établi *que par six mois de résidence* (art. 167), c'est-à-dire qu'autant que ce domicile serait tel seulement pour le mariage sans être le domicile ordinaire. Or, dans l'espèce ci-dessus, ce n'est pas un simple domicile de mariage, c'est un domicile réel que les époux auraient à Paris. Ils pourraient donc se marier à Paris sans aucune publication ailleurs.

Pour repousser ce résultat, complétement inadmissible, ceux qui voient dans notre article un second domicile accordé par faveur pour le mariage, prétendent que dans l'art. 167, à la place de ces mots: Si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, il faut dire : Si au domicile actuel les époux ont une résidence *de moins de six mois,* en sorte que selon eux, cet art. 167 rendrait les publications nécessaires au dernier domicile, lorsque le domicile nouveau ne serait pas accompagné d'une résidence de plus de six mois. Mais nous avons déjà fait justice de cette incroyable interprétation, qui fait dire à la loi le contraire précisément de ce qu'elle dit, et nous avons vu que ces mots de l'art. 167 : *Si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence,* signifient : Si le domicile actuel *n'est qu'un domicile de résidence, s'il n'est domicile que quant au mariage;* en sorte que cet article ne s'appliquerait pas, si le domicile était le domicile réel. Si donc il est vrai que notre article n'indique pas un domicile auquel *seul* le mariage est possible; s'il est vrai qu'au domicile réel, aussi, le mariage peut toujours avoir lieu, il faudrait dire que, quand c'est à ce domicile réel que les parties veulent se marier, rien ne les oblige à faire publier leur mariage ailleurs, en sorte que deux personnes domiciliées à Rouen depuis dix ans pourraient aller fixer leur domicile à Orléans, et s'y marier de suite sans faire les publications à Rouen. C'est là, nous le répétons et tout le monde l'accordera, un résultat inadmissible.

590. On a voulu argumenter, soit pour, soit contre notre doctrine, de la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État sur cet art. 74. Il nous paraît, quant à nous, que cette discussion ne jette aucun jour sur la question et ne peut fournir aucun argument solide. Dans tous les cas, si l'on voulait absolument en tirer une conclusion, elle serait plutôt favorable à notre sentiment. Voici, en effet, ce qui se passa au Conseil d'État. — M. Tronchet et M. Réal entendaient l'article dans le sens contraire au nôtre, et le dernier, reconnaissant que les termes de cet article ne présentaient pas ce sens, proposa de le rédiger ainsi : *Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des époux aura son domicile* (ordinaire); *il pourra l'être également dans la commune où l'un des deux époux aura six mois d'habitation.* Là-dessus, réclamations de M. Bigot-Préameneu qui, ainsi que M. Maleville, professait la doctrine que nous défendons. Le Premier Consul ayant posé nettement la question de savoir si une personne pourra se marier à son domicile réel, alors même qu'elle n'y aurait pas six mois de résidence, M. Bigot pense que non, parce que *le mariage aura plus de publicité quand il sera célébré dans le lieu de la résidence.* M. Tronchet, au contraire, dit que

le mariage pourra toujours se faire au domicile réel, et prétend que ce domicile est toujours plus certain et plus connu que la résidence (cette observation de M. Tronchet est de toute fausseté, comme tout le monde le comprend, puisque le domicile résulte de l'intention, souvent bien difficile à connaître, tandis que la résidence est un fait matériel qui n'échappe à personne). M. Tronchet ajoute que, d'ailleurs, les publications, dans ce cas de mariage à un domicile réel où l'on n'a pas six mois de résidence, seraient faites et au lieu de la résidence et au lieu du domicile (nous avons démontré que cette seconde proposition est également fausse).

Après cette discussion, dans laquelle M. Tronchet opina le dernier, l'article fut adopté et resta rédigé tel que nous l'avons aujourd'hui (voy. Fenet, t. IX, p. 26 et 27).

Maintenant, quelles conséquences tirer de là? Faut-il, de ce que M. Tronchet a parlé le dernier, conclure que l'art. 74 a été adopté dans le sens de ce conseiller, malgré le sens contraire que présentaient ses termes? Ne faudrait-il pas, bien plutôt, dire que le Conseil d'État, en rejetant la rédaction proposée par M. Réal pour conserver celle que nous avons, a prouvé qu'il n'embrassait pas la doctrine de M. Tronchet; parce que, sans doute, il apercevait la fausseté des motifs par lui donnés? Cette dernière conclusion serait assurément plus logique. Mais, nous le répétons, nous ne voulons tirer ni l'une ni l'autre, et consentons à déclarer cette discussion non avenue, pour décider la question par d'autres éléments. Or, pour quiconque veut raisonner les diverses dispositions de la loi et les combiner entre elles, il reste prouvé que le domicile résultant d'une habitation de six mois est le seul où le mariage puisse être célébré.

Dans son rapport au Tribunat sur le titre *des Actes de l'état civil*, le tribun Simon entendait certainement l'art. 74 comme nous l'entendons. Il disait : « Le domicile, quant au mariage, *est déterminé* par six mois d'habitation continuelle dans la commune. » (Donc, là où il n'y a pas d'habitation de six mois, il n'y a pas de domicile pour le mariage.) « Le mariage, ajoutait-il de suite, ne pourra être célébré que dans la commune où l'un des époux aura son domicile. » (Fenet, t. VIII, p. 297.)

591. Ces principes ont été consacrés par un avis du Conseil d'État du 4e jour complémentaire an 13. « Considérant, dit-il, que l'art. 165 du Code civil porte que le mariage sera célébré par l'officier civil du domicile de l'une des parties, et que *ce domicile*, aux termes de l'art 74, est acquis par six mois d'habitation continue dans la même commune, le Conseil d'État est d'avis que les militaires qui se trouvent en France *ne peuvent se marier que dans la commune* où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou dans celle où leur future épouse a cette résidence.

Cette doctrine, du reste, est loin d'être nouvelle. Dans l'ancien droit, le mariage ne pouvait également être célébré que par le curé (alors officier de l'état civil, comme on sait) de la paroisse où l'un des époux avait

six mois de résidence; c'est la règle que l'Église suit encore, aujourd'hui même, pour l'administration du sacrement. Dans le cas de changement de diocèse, il fallait, et il faut encore, une résidence, non plus de six mois seulement, mais d'un an, dans la paroisse nouvelle. La question que nous venons de débattre était spécialement prévue et décidée dans notre sens par le célèbre canoniste Gibert, dans sa soixante-septième Consultation. Or, c'est cette ancienne règle (moins l'augmentation de délai qui vient d'être indiquée) qui fut continuée pour le mariage civil, par la loi du 20 septembre 1792, laquelle portait : « Le domicile, relativement au mariage, est fixé par une habitation de six mois dans le même lieu. » Notre article, à son tour, reproduit la même idée, en termes parfaitement synonymes et presque identiques (1).

II. — 592. Nous avons déjà dit que, selon nous, le domicile de mariage, acquis dans une commune, ne cesse pas dès que vient à cesser l'habitation dans cette commune. En effet, on a vu que la législation intermédiaire, et après elle notre Code n'ont fait que reproduire sur cette matière les règles de l'ancien droit. Or, dans cet ancien droit, on décidait (voy. Gibert, 65e *Consultation*) que dans les six mois qui suivaient votre départ d'une paroisse, et pendant lesquels le droit de vous marier dans la paroisse nouvelle n'existait pas, vous conserviez la faculté de vous marier dans l'ancienne. Aujourd'hui, encore, à l'église, on dit que, pendant ces six mois, on n'a dans la nouvelle paroisse qu'un domicile *de fait* et que le domicile *de droit* reste dans l'ancienne.

En outre, on a vu au titre *du Domicile*, qu'en principe, il n'y a ni perte pure du domicile actuel, ni acquisition pure d'un domicile nouveau, mais *changement* de domicile; c'est-à-dire qu'un domicile ne se perd que par les causes qui en font acquérir un nouveau. Or, le domicile de mariage ne s'acquiert que par six mois *passés dans la commune;* il ne doit donc se perdre que par six mois *passés hors de la commune.*

A la vérité, on ne pourrait pas appliquer ici la théorie du changement de domicile dans toute sa rigueur; le grand principe de la publicité du mariage s'y oppose. Ainsi, on ne pourrait pas dire que le domicile ne se perdra que par six mois *passés dans une autre commune,* de manière à ce que l'ancien domicile continue toujours jusqu'à l'acquisition d'un nouveau; car ce serait dire que deux personnes parties d'une commune depuis cinq, dix, quinze années ou plus, mais sans être jamais restées *six mois de suite dans le même pays,* pourraient venir se marier dans cette commune où personne ne les connaît plus. Ce serait là, évidemment, se mettre en contradiction flagrante avec

---

(1) Les Français, et notamment les Alsaciens et les Lorrains, peuvent se marier dans le nouveau domicile qu'ils se sont choisi, quelque court que soit le temps écoulé depuis qu'ils ont acquis ce domicile ; ils n'ont pas besoin d'attendre un délai de six mois de résidence dans leur nouveau domicile, sauf toutefois l'obligation de justifier de publications faites à l'ancien domicile aussi bien qu'au nouveau. Circ. min. just., 21 déc. 1871 (Dev., 71, 2, 283).

l'esprit de la loi. Mais pourquoi n'admettrait-on pas cette théorie jusqu'aux limites dans lesquelles elle s'harmonise avec cet esprit de la loi? Pourquoi ne permettrait-on pas le mariage pendant les six mois qui suivent le départ?... Si la loi suppose que les six mois sont nécessaires pour que celui qui vient habiter une commune y soit suffisamment connu, n'est-il pas clair que six mois au moins seront nécessaires pour que la connaissance une fois acquise se perde?

Ainsi, au titre III, la théorie de la loi est que le domicile réel ordinaire dure tant qu'il n'est point remplacé; donc, ici, on doit admettre que le domicile spécial de mariage durera, non pas tant qu'il ne sera point remplacé (parce que le principe de publicité s'oppose à ce qu'on aille jusque-là), mais au moins tant qu'il sera légalement impossible de le remplacer, c'est-à-dire tant que six mois ne se seront pas écoulés depuis le changement d'habitation. Autrement la loi se contredirait de la manière la plus étrange; puisqu'on la verrait renier totalement son propre système, pour rendre impossible pendant quelque temps un contrat que partout elle favorise autant qu'il est en elle. Et notez que cette règle contradictoire, et d'une rigueur si bizarre, n'aurait aucun motif, aucune raison!... Que la loi me laisse pour quelque temps dans l'impossibilité de me marier, parce que j'ai abandonné mon domicile de mariage depuis une ou plusieurs années, sans résider nulle part pendant six mois, on le conçoit très-bien : d'une part, la loi ne peut pas me permettre de venir me marier dans telle commune, à quelque époque que ce soit, sous le prétexte que j'y étais connu dans un temps; d'un autre côté, si je n'ai plus de domicile de mariage, c'est ma faute; j'ai eu le temps d'en acquérir un. Mais quand six mois ne se sont pas écoulés encore, pourquoi la loi me défendrait-elle de me marier à mon ancienne résidence, quand, d'une part, il m'a été impossible, de par la loi elle-même, d'acquérir un domicile nouveau, et que, d'ailleurs, la prohibition n'aurait aucun motif, puisqu'à cette ancienne résidence je suis parfaitement connu?

Cette doctrine, que nous avons dit avoir été celle de Gibert dans l'ancien droit, est enseignée aujourd'hui par M. Coin-Delisle (art. 74, n° 7).

75. — Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties, des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du titre *Du Mariage,* sur *les droits et les devoirs respectifs des époux.* Il interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et

femme; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.

76. — On énoncera, dans l'acte de mariage :

1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de naissance et domiciles des époux;

2° S'ils sont majeurs ou mineurs;

3° Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères;

4° Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans les cas où ils sont requis;

5° Les actes respectueux, s'il en a été fait;

6° Les publications dans les divers domiciles;

7° Les oppositions, s'il y en a eu; leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition;

8° La déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public;

9° Les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré;

10° La déclaration, faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et, autant que possible, la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu : le tout, à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'article 50.

Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur de la République, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99.

593. La seconde phrase de l'art. 75 et les deux derniers alinéas de l'art. 76 ont été introduits dans le Code par la loi du 10 juillet 1850; dont nous expliquerons l'ensemble plus loin (art 1391, n° VI).

Une loi du 10 décembre de la même année, pour faciliter le mariage des indigents (ainsi que la légitimation de leurs enfants naturels et le retrait de ceux qu'ils auraient déposés dans les hospices), décrète que : « Les pièces nécessaires au mariage des indigents, à la légitimation de leurs enfants naturels et au retrait de ces enfants déposés dans les hospices, seront réclamées et réunies par les soins de l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle les parties auront déclaré vouloir se marier. — Les expéditions de ces pièces pourront, sur la demande du maire, être réclamées et transmises par les procureurs de la République. » (1)

---

(1) Le texte de cette loi, qui comprend dix articles se trouve, au *Bulletin des lois*, 10e série, n° 2592.

CHAPITRE III

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

N. B. — Nous joindrons à l'explication de ce chapitre celle des art. 66, 67, 68 et 69.

172. — Le droit de former opposition à la célébration du mariage, appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.

594. Les causes d'empêchement qui peuvent exister à un mariage étant souvent inconnues à l'officier de l'état civil, et pouvant être dissimulées par les parties, la loi devait permettre à des personnes pouvant en avoir connaissance, de former contre ce mariage une opposition qui en arrêtât la célébration.

Mais comme, d'un autre côté, il ne fallait pas que ce droit d'opposition fût, pour le premier venu, un moyen d'entraver sans motifs, un mariage projeté, et quelquefois de l'empêcher en le retardant, la loi n'a dû en accorder l'exercice qu'à un petit nombre de personnes, et sous des conditions qui missent les futurs époux à l'abri des tracasseries et des vexations que la méchanceté pourrait susciter.

La première personne à qui la loi donne le droit de former opposition, c'est celle mariée à un époux qui veut contracter un mariage nouveau. Ceci est de toute raison, puisque la qualité seule de cette personne est une preuve d'un empêchement dirimant au mariage projeté.

173. — Le père, et à défaut du père, la mère, et à défaut du père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis.

595. L'expression d'*aïeuls,* ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire, est générique et comprend tous les ascendants, à quelque degré qu'ils soient.

A défaut des aïeuls, les aïeules, comme nous l'avons vu au chapitre Ier, exercent la puissance paternelle quant au mariage, et doivent être appelées à donner leur consentement ou leur conseil; elles auront donc aussi le droit de former opposition au mariage. Aussi l'art. 174 ne fait-il passer le droit d'opposition aux collatéraux qu'à défaut d'*aucun ascendant.* Du reste, il faudra, bien entendu, dire des aïeuls ou bisaïeuls d'une même ligne, ce que la loi dit du père et de la mère, c'est-à-dire que l'aïeule ne pourra former opposition qu'à défaut de l'aïeul son conjoint, car elle est sous la dépendance de celui-ci, comme la mère est sous la dépendance du père.

596. Nous verrons à l'art. 176 qu'une des garanties au moyen desquelles la loi met les futurs époux à l'abri des oppositions vexatoires, c'est l'obligation pour l'opposant d'indiquer dans son opposition le motif sur lequel elle est fondée; mais que cette obligation n'existe plus quand l'opposition est faite à la requête d'un ascendant. Le législateur veut donc que les ascendants puissent former opposition au mariage, alors même qu'ils n'auraient pas un motif légal d'empêcher ce mariage.

De là on avait conclu que, quand l'opposition serait faite par un ascendant, elle pourrait être maintenue par les tribunaux, bien qu'aucun empêchement légal au mariage n'existât. Sans cela, disait-on, et si l'opposition formée dans ce cas devait, en définitive, tomber indubitablement, la faculté accordée aux ascendants eût été insignifiante, et la loi les aurait soumis, comme les autres, à faire connaître le motif de leur opposition. Cette doctrine est développée par Delvincourt, t. I, tit. 6, chap. 1, note de la sect. 3.

C'était une erreur : un tribunal n'a pas le droit de créer arbitrairement des empêchements au mariage; et, d'ailleurs, la faculté accordée ici aux ascendants ne sera pas sans effet, comme on le disait. Tel enfant, qui n'a pas reculé devant un ou même trois actes respectueux, signifiés secrètement et au su seulement de deux notaires (ou d'un notaire et de deux témoins), reculera peut-être en face de l'idée d'assigner son père devant le tribunal; l'autre époux, d'ailleurs, pourrait bien renoncer au mariage, quand il se verrait réduit à n'entrer dans une famille qu'au moyen d'un procès. Ce droit d'opposition sans motif légal est donc l'*ultimum subsidium* accordé aux ascendants pour forcer l'enfant à respecter leur volonté.

Que si les futurs époux portent l'opiniâtreté jusqu'à ne reculer devant aucun obstacle, cet obstacle tombera; et l'opposition, s'il n'existe point d'empêchement au mariage, ne saurait être maintenue sans violation de la loi, si graves que fussent les motifs qu'aurait l'ascendant de refuser son consentement.

Un père avait fait opposition au mariage que sa fille voulait contracter avec un forçat libéré par lequel elle s'était laissé séduire; le tribunal de première instance maintint l'opposition, et, sur l'appel, la Cour de Bourges, par un arrêt du 30 mars 1813, longuement motivé, confirma la sentence des premiers juges; mais la Cour de cassation cassa cet arrêt, le 7 novembre 1814, et elle devait le faire, quoi que dise Delvincourt. Sans doute, la position du père était pénible, et il serait bon, peut-être, que la loi eût permis de maintenir, pour des causes très-graves, les oppositions ainsi faites sans empêchement légal; mais la loi ne l'a pas permis, et les tribunaux sont chargés d'appliquer la loi telle qu'elle est, et non de la faire (1).

---

(1) *Sic :* Paris, 2 déc. 1851; Pau, 18 juin 1867 (Dev., 68, 2, 181); Duvergier (sur Toullier, I, n° 584); Valette (sur Proudhon, t. I, p. 421); Demolombe (*Mariage*, I, n° 140); Aubry et Rau (IV, § 454, p. 28); Chardon (*Puiss. patern.*, n° 250).
Comp. Allemand (t. I, n° 280); Ancelot (*Rev. de légis.*, 1852, t. III, p. 148).

174. — A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu ;

2° Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux : cette opposition, dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple, ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

597. Les alliés ne sont pas compris dans notre article ; et, comme il s'agit d'un droit que le législateur a cru devoir restreindre à des limites fort étroites, ce serait violer la loi, que de le reconnaître à des personnes à qui elle ne l'a pas formellement accordé.

598. On voit que le législateur a eu beaucoup moins de confiance dans les collatéraux que dans les ascendants ; puisqu'il n'accorde aux premiers le droit de former opposition que dans deux cas formellement spécifiés, et que ce droit, en outre, n'est accordé qu'à certains collatéraux, et non pas à tous.

Le premier cas est celui où le consentement du conseil de famille, nécessaire au mariage, n'a pas été obtenu. Sans doute, dans ce cas, l'officier de l'état civil, alors même qu'il ne serait pas fait d'opposition, ne procéderait pas au mariage, s'il savait que l'enfant est mineur ; mais il pourrait être trompé ; l'enfant pourrait lui présenter un faux consentement du conseil de famille, ou un faux acte de naissance qui le ferait croire majeur. C'est dans ces circonstances que l'opposition sera utile.

Le deuxième cas est celui de démence du futur époux. Dans ce cas, si les juges voient que cet époux n'est pas dément, comme on le prétend, ils pourront, sans aucune instruction ni formalité, donner mainlevée pure et simple (1) ; que si l'état de démence est constaté ou du moins douteux, le tribunal rendra un jugement maintenant l'opposition, mais à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction dans un délai déterminé ; et si, dans ce délai, la demande en interdiction n'était pas formée, l'opposition serait levée.

Toutefois, et malgré cette mainlevée pour défaut de demande en interdiction, si le futur époux était vraiment en démence et incapable de consentir, l'officier de l'état civil, s'il s'apercevait de son état, ne devrait pas procéder au mariage ; en outre, le ministère public, comme nous le verrons à l'article suivant, n° III, pourrait et devrait y former opposition ; enfin, si aucune opposition n'ayant été formée et l'officier de l'état civil ne s'étant point aperçu de l'état de démence, le mariage avait été célébré, il serait complétement nul, pour défaut de consentement (art. 146).

(1) *Conf.* Pau, 18 juin 1867 (Dev., 68, 2, 181).

599. On a prétendu que les collatéraux d'un futur époux pouvaient former opposition pour défaut de consentement du conseil de famille de l'autre époux, ou pour sa démence. C'est une erreur grave; car il est évident que pour s'opposer au mariage d'une personne, pour former l'opposition du chef d'une personne, il faut être le parent de cette personne. Ce qui le prouve d'ailleurs, c'est que, dans le cas du 2°, l'opposition ne peut être reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et qu'on ne peut provoquer l'interdiction que d'un parent (art. 490) (1).

175. — Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra convoquer.

SOMMAIRE.

I. Le tuteur ou curateur peut s'opposer de son chef, s'il est un des parents indiqués à l'article précédent.
II. Le deuxième cas d'opposition prévu par l'article précédent ne peut se réaliser ici que pour un majeur interdit.
III. Le ministère public peut, d'office, former opposition au mariage, lorsqu'il existe un empêchement dirimant, et aussi pour engagement dans les ordres sacrés.

I. — 600. Si le tuteur ou curateur était un des parents compris dans l'article précédent, il est clair qu'il n'aurait pas besoin de l'autorisation du conseil de famille; il pourrait alors agir seul, non pas comme tuteur et en vertu de notre article, mais comme parent et en vertu de l'art. 174.

II. — 601. Notre article dit que le tuteur (ou curateur) pourra former opposition dans *les deux cas* indiqués à l'article précédent. Mais il n'y aura lieu au second cas que quand le futur époux sera un majeur, pourvu d'un conseil de famille et d'un tuteur pour interdiction (art. 505).

En effet, quand le futur époux sera mineur, il se trouvera, quant au mariage, ou sous la puissance d'un ascendant ou sous celle de son conseil de famille; or, il n'y aura lieu au second cas d'opposition ni dans l'une ni dans l'autre de ces circonstances. D'une part, si l'enfant est encore sous la puissance d'un ascendant, le conseil de famille, représenté par le tuteur, ne peut pas former opposition : car ce droit d'opposition n'appartient, soit aux collatéraux, soit au conseil de famille, qu'*à défaut d'un ascendant* (art. 174). Le conseil de famille n'a aucun droit, aucune puissance, qu'autant qu'il n'existe plus d'ascendant en état de manifester sa volonté (art. 160). — Que s'il n'y a plus d'ascendants ou s'ils sont tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le conseil de famille a bien alors le droit de former opposi-

(1) Les enfants ne peuvent former opposition au mariage de leur père, même pour cause de démence. Lyon, 11 déc. 1850; Proudhon (t. I, p. 423); Toullier (I, n° 585); Demolombe (t. III, n° 144); Aubry et Rau (t. IV, § 454, p. 30).

tion par son tuteur. Mais si le conseil de famille veut s'opposer au mariage, il n'y consentira donc pas, et, dès lors, l'opposition peut être formée pour défaut de consentement du conseil de famille, en sorte qu'ici le deuxième cas rentre dans le premier.

En d'autres termes, le tuteur ne pouvant jamais former opposition que de l'avis du conseil de famille, il faut, pour trouver une hypothèse dans laquelle la deuxième cause d'opposition ne se confonde pas avec la première, supposer un futur époux qui n'a pas besoin, pour se marier, du consentement de ce conseil de famille; or, il faut pour cela, ou que cet époux soit majeur, ou, s'il est mineur, qu'il ait encore un ascendant. Mais comme, dans le cas où un ascendant existe encore, le conseil de famille (et le tuteur qui le représente) n'a pas le droit de former opposition, il s'ensuit bien que la seule hypothèse où le deuxième cas prévu par nos articles puisse se réaliser est celle d'un majeur à qui l'on a donné un conseil de famille et un tuteur, parce qu'il a été interdit.

III. — 602. Avant de passer aux articles qui règlent la forme des oppositions, nous devons examiner la question de savoir si le ministère public a quelquefois le droit de former opposition d'office... L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le ministère public, spécialement chargé de veiller au respect des mœurs, de réprimer et de prévenir, autant que possible, les crimes, pourra fort bien former opposition toutes les fois qu'il s'agira d'un empêchement dirimant qui lui donnerait le droit d'agir en nullité, si le mariage était contracté.

On nous dit que c'est donner trop d'extension aux pouvoirs du ministère public, qui ne peut agir que dans les cas spécifiés par la loi; que d'ailleurs, il pourra intimer à l'officier de l'état civil une défense de procéder au mariage... A cela nous répondrons que l'officier de l'état civil pourrait ne pas respecter cette défense; qu'une opposition sera bien plus efficace, et que la loi du 20 avril 1810 donne au ministère public le droit de former cette opposition, en l'autorisant par son art. 46 à agir toutes les fois que l'ordre public sera intéressé. L'ordre public est intéressé évidemment à ce qu'on ne procède pas à un mariage que le ministère public pourrait faire annuler, s'il était contracté.

Nous pensons même que parmi les empêchements simplement prohibitifs, il en est un qui donnerait au ministère public le droit de former opposition : c'est l'engagement dans les ordres sacrés. En effet, c'est avec la société même que le prêtre a contracté l'engagement auquel il veut contrevenir aujourd'hui; or, le ministère public est le mandataire de la société; c'est là d'ailleurs une circonstance qui intéresse au plus haut degré l'ordre public et les bonnes mœurs. L'opposition d'office nous paraît donc possible dans ce cas (1).

---

(1) *Sic :* Limoges, 17 janvier 1846 (Dev., 46, 2, 97); Cass., 2 déc. 1851, 21 mai 1856 (Dev., 52, 1, 56; 57, 1, 111; *J. Pal.*, 56, 2, 229).
Contrà : Mourlon (*Répét. écr.*, t. I, p. 334); Allemand (nº 285); Ortolan et Ledeau (*Min. publ.*, t. I, liv. 2, tit. 1, ch. 4).

66. — Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique; ils seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui mettra son visa sur l'original.

176. — Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition : le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition.

SOMMAIRE.

I. Précautions prises par la loi pour empêcher les oppositions vexatoires.
II. La nullité prononcée par l'art. 176 pourrait aussi avoir lieu pour violation de l'art. 66.
III. L'officier de l'état civil dont parle l'art. 66 sera indifféremment celui d'une des communes où se font les publications.
IV. L'élection de domicile voulue par l'art. 66 doit se faire au domicile de l'époux du chef duquel l'opposition est formée.
V. Un huissier ne peut se refuser à signifier une opposition, quand même il penserait que l'opposant n'a pas la qualité ou que les motifs ne sont pas légaux.
VI. L'officier de l'état civil doit respecter l'opposition, quand la qualité de l'opposant ou l'existence d'un motif légal sont douteux; mais si le défaut de qualité ou de motif est évident, il doit procéder au mariage.

I. — 603. C'est pour restreindre plus sûrement l'exercice du droit d'opposition dans la classe des personnes auxquelles il est accordé, que la loi exige : 1° l'énonciation dans l'exploit d'opposition de la qualité qui donne droit d'agir à l'opposant; 2° la signature, sur l'original et la copie, de l'opposant ou de son mandataire, muni d'une procuration spéciale et authentique, dont une copie doit être signifiée en tête de l'exploit d'opposition.

Dans les exploits ordinaires, la loi ne demande point la signature de celui à la requête duquel l'huissier agit; ici la loi a craint qu'en invoquant un faux nom, un étranger ne pût venir former à mon mariage une opposition qui, à la vérité, n'aurait pas tenu en définitive, mais qui l'aurait toujours retardé un peu. Au moyen de la précaution prise par notre article, on ne pourrait arriver là qu'au moyen d'une fausse signature, ce qui rendrait passible d'une peine de cinq à dix ans de réclusion (C. pén., art. 150 et 21).

Quant au visa que l'officier de l'état civil doit mettre sur l'original, c'est une formalité qui a lieu toutes les fois qu'un officier public reçoit en cette qualité une signification quelconque (art. 69, C. pr.).

La loi veut en outre, pour que l'opposition ne soit faite que dans les cas où elle doit l'être, que l'exploit contienne les motifs de cette opposition. Toutefois, les ascendants sont dispensés de cette formalité, parce qu'alors même qu'ils n'auraient aucune cause légale d'empêche-

ment à alléguer, ils seraient présumés agir dans de bonnes intentions et pour des motifs graves (1).

II. — 604. La peine de nullité de l'opposition prononcée par l'article 176 pour défaut des formalités par lui exigées aurait-elle lieu aussi pour défaut de signature de l'opposant, ou pour défaut de la procuration spéciale et authentique de son mandataire, exigés par l'art. 66? Oui; l'extrême importance que la loi attache à ce que le droit d'opposition soit rigoureusement restreint dans les limites par elle tracées, la nécessité qu'elle impose de demander la signature de l'opposant, pour empêcher un étranger de former opposition en empruntant un faux nom, ne permettent pas de penser que la loi ait voulu laisser sans *aucune* sanction l'obligation qu'elle a portée dans l'art. 66. Or, si la nullité prononcée dans l'art. 176 n'était pas aussi appliquée à l'art. 66, il faudrait dire que cet art. 66 n'aura plus de sanction, puisque la loi n'en indique aucune autre. En effet, on voit bien que, dans la pensée de la loi, l'art. 176 est le complément de l'art. 66.

III. — 605. L'art. 66 dit bien que l'opposition devra être signifiée à l'officier de l'état civil; mais auquel? Est-ce nécessairement à celui de la commune où le mariage devra être célébré?

Non; il suffit que ce soit à l'officier de l'une des communes où les publications se font; car, d'après l'art. 60, si les publications ont été faites dans plusieurs communes, il faudra, pour faire célébrer le mariage, que les parties rapportent un certificat délivré par l'officier de chaque commune, constatant qu'il n'y a point d'opposition.

IV. — 606. Aux termes de l'art. 176, l'opposant doit faire, dans l'exploit d'opposition, élection de domicile *dans le lieu où le mariage devra être célébré,* mais si chacun des deux futurs époux demeure dans une commune différente, le mariage peut être célébré dans les deux communes; dans laquelle alors faudra-t-il élire domicile? C'est évidemment dans celle où l'époux du chef duquel on fait opposition a son domicile, quant au mariage. En effet, cette élection de domicile est exigée pour que l'époux sur lequel on forme l'opposition ne soit pas obligé, pour plaider en mainlevée, d'aller assigner l'opposant par-devant le tribunal du domicile de cet opposant, lequel pourrait être fort éloigné. C'est donc au lieu où réside l'époux au mariage duquel on fait opposition, qu'il faudra faire élection de domicile pour accomplir le vœu de la loi.

V. — 607. L'huissier qui penserait que la personne qui réclame son ministère n'a pas qualité pour former l'opposition, ou que les motifs sur lesquels elle se fonde ne sont pas légaux, n'en devrait pas moins obtempérer à la demande de cette personne. Un huissier étant un mandataire forcé, et qu'on est obligé de prendre, doit agir toutes les fois qu'il en est requis, et n'est jamais juge du mérite de l'acte qu'on

(1) *Sic :* Demolombe (III, n° 154); Aubry et Rau (IV, § 455, p. 33); Liége, 24 oct. 1812. *Contrà :* Vazeille (*Mar.*, I, n° 171); Coin-Delisle (art. 66, n° 2). Jug. Bourg en Bresse, 20 fév. 1870 (Dev., 70, 2, 126).

lui demande de faire. Puisque c'est un instrument dont la loi me force de me servir, il doit donc être entièrement passif; si je suis, moi, contraint de n'agir que par lui, il faut bien, réciproquement, qu'il soit tenu de faire tout ce que je ferais moi-même, si je pouvais agir seul. L'huissier doit seulement exiger la signature de l'opposant ou de son mandataire spécial et authentique, puis accomplir les autres formalités voulues par la loi.

VI. — 608. L'officier de l'état civil, dans ce même cas, c'est-à-dire quand il pense que la personne qui forme l'opposition n'a pas qualité pour le faire, ou que ses motifs ne sont pas légaux, peut-il ne tenir aucun compte de cette opposition et procéder au mariage sans attendre la mainlevée?

L'officier de l'état civil n'est juge ni du point de savoir si tel motif est ou n'est point légal, ni du point de savoir si la personne qui forme l'opposition a ou n'a pas qualité pour le faire. Il doit donc respecter l'opposition lorsqu'il y a question là-dessus et que la circonstance présente des doutes. C'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de décider cette question... Ainsi, le tuteur d'un mineur forme opposition à son mariage, bien que ce mineur ait encore un ascendant; l'opposition n'est pas valable : car le tuteur n'a ce droit de former opposition qu'à défaut d'un ascendant. Cependant, comme le tuteur est un de ceux qui peuvent avoir qualité dans certaines circonstances, ce n'est pas à l'officier de juger s'il est ou non dans cette circonstance, et il devra par conséquent respecter l'opposition. Ainsi encore, l'opposition est formée sur le fondement que le futur époux est engagé dans les ordres sacrés; l'officier, alors même qu'il penserait, lui, que ce n'est pas là un empêchement au mariage, devra respecter l'opposition, parce qu'il y a question, et que la question ne peut pas être décidée par lui.

Mais s'il n'y a pas de question, s'il est *évident* que l'opposant n'a pas qualité ou que le motif n'est pas légal, l'officier peut et doit procéder au mariage, malgré cette opposition. Ainsi, c'est un neveu qui forme opposition au mariage de sa tante; il est clair qu'il n'a pas qualité; ou bien l'opposition est formée par un frère, mais elle se fonde sur ce que le futur époux veut se mésallier en épousant sa servante; il est clair que ce n'est pas là un motif légal. Dans ce cas, l'officier n'a pas le droit d'avoir égard à l'opposition; car, si la loi a exigé que l'opposant énonçât la qualité qui lui donne droit d'agir, et aussi (quand l'opposant n'est pas un ascendant) le motif de son opposition, c'est précisément pour empêcher qu'à défaut de qualité, ou de motif légal, on ne pût faire une opposition qui retarde le mariage, en forçant le futur époux de plaider en mainlevée. Si le législateur avait entendu que toute opposition, même celle faite sans qualité ou sans motif, dût tenir jusqu'à ce que le tribunal eût prononcé, il n'aurait pas demandé l'énonciation du motif et de la qualité dans l'exploit.

67. — L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications; il fera aussi

mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou des actes de mainlevée dont expédition lui aura été remise.

609. Il y aura *jugement* de mainlevée quand la mainlevée sera prononcée par le tribunal; il y aura simple *acte* de mainlevée quand, sans qu'il y ait jugement, la mainlevée sera donnée par ceux-là mêmes qui avaient formé l'opposition.

Du reste, il ne faudra pas toujours nécessairement *un acte*, un écrit exprès pour faire mainlevée de l'opposition. Ainsi, un père qui avait d'abord formé opposition au mariage de son fils vient ensuite déclarer qu'il retire cette opposition, et il assiste lui-même au mariage pour y consentir; il suffira de mentionner la mainlevée et le consentement donné au mariage, dans l'acte de célébration.

68. — En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de trois cents francs d'amende, et de tous dommages-intérêts.

610. Il résulte de ce que nous avons dit sous l'art. 176, n° VI, que notre article n'entend parler que d'oppositions faites par des personnes ayant qualité, et pour des motifs légaux, ou du moins par des personnes sur la qualité desquelles, et pour des motifs sur la légalité desquels il y avait doute.

69. — S'il n'y a point d'opposition, il en sera fait mention dans l'acte de mariage; et si les publications ont été faites dans plusieurs communes, les parties remettront un certificat délivré par l'officier de l'état civil de chaque commune, constatant qu'il n'existe point d'opposition.

611. Le certificat constatera *qu'il n'existe point d'opposition*, ce qui comprend et le cas où il n'en a point été fait, et celui où l'opposition faite d'abord n'existe plus, parce qu'elle a été levée.

177. — Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en mainlevée.

612. Cet article ne signifie pas que, dans tous les cas, le tribunal devra juger définitivement avant l'expiration de dix jours; ce serait souvent impossible : il faudra quelquefois deux, trois, quatre mois ou plus, pour décider la question qui se présentera. L'idée du législateur est que le tribunal devra, dans les dix jours, s'occuper de l'affaire et statuer au moins préparatoirement, s'il n'est pas possible de juger de suite au fond.

Par exemple, s'il s'agit d'une opposition fondée sur l'allégation d'un premier mariage, et que l'époux, sur lequel l'opposition est formée, prétende que ce premier mariage est nul, ce sera alors de cette ques-

tion : *Le premier mariage est-il ou n'est-il pas valable?* que dépendra celle de savoir si l'opposition doit être maintenue ou rejetée; or, ce n'est pas en dix jours que le tribunal sera mis en état de décider une question aussi grave que celle-là. Pour se conformer, dans ce cas, au vœu de notre article, le tribunal devra, dans les dix jours, décider s'il y a lieu de rejeter purement l'opposition, ou s'il y a lieu d'examiner préalablement telle question.

C'est dans ce même sens qu'il faut entendre l'article suivant.

178. — S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation.

SOMMAIRE.

I. L'appel suspendra l'exécution. Il eût dû en être de même, dans ce cas, du pourvoi en cassation.

II. La cassation annulerait le mariage célébré en vertu de l'arrêt cassé. Mais il y aurait lieu d'appliquer l'art. 201.

III. Réponse à la critique adressée à cette doctrine par M. Demolombe.

I. — 613. L'appel d'un jugement en arrête l'exécution, si ce n'est dans les cas exceptionnels où la loi en permet l'exécution provisoire (voy. Cod. de proc., art. 457). Aucune exception n'étant écrite pour le cas qui nous occupe, il reste soumis à la règle, et l'appel y est suspensif. En effet, on ne pouvait pas permettre l'exécution provisoire d'un jugement faisant mainlevée d'une opposition et autorisant l'officier de l'état civil à célébrer le mariage : la célébration d'un mariage ne pouvait pas avoir lieu provisoirement et sauf à être ensuite réputée non avenue.

Cette même considération, qu'on ne peut pas permettre qu'un mariage soit célébré provisoirement et sauf à être réputé nul postérieurement, aurait dû faire déclarer ici le pourvoi en cassation suspensif de l'exécution, comme l'appel lui-même. De sa nature, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif; la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, créatrice de la Cour (alors le tribunal) de cassation, dit, art. 16 : *En matière civile, la demande en cassation n'arrêtera pas l'exécution du jugement*. Le Code civil posait une exception à ce principe dans l'article 263, qui déclarait que le pourvoi contre les arrêts rendus en matière de divorce suspendrait l'exécution.

Le cas qui nous occupe demandait évidemment une exception semblable; mais une exception ne pouvant pas se suppléer, et celle-ci, par un oubli du législateur peut-être, n'étant écrite nulle part, il faudra bien, nonobstant l'opinion contraire de Delvincourt et l'indécision de M. Duranton (II, 215), respecter le principe, malgré les fâcheuses conséquences qu'il pourrait avoir (1).

II. — 614. Cette décision, qui, peu d'accord avec la saine morale,

(1) Merlin (*Rép.*, v° Opp. à mar.); Chardon (n° 260); Rieff (n° 175); Demolombe (III, 169); Paris, 19 sept. 1815; Lyon, 13 fév. 1828; Rouen, 7 déc. 1859 (Dev., 60, 2, 589; *J. Pal.*, 61, 491).
Comp. Rennes, 14 août 1851 (Dev., 52, 2, 626; *J. Pal.*, 52, 1, 278).

est cependant la seule que les principes de notre droit autorisent, conduit à une question grave et fort délicate : celle de savoir quel sera le sort du mariage contracté en vertu d'un arrêt qui, après avoir fait mainlevée de l'opposition formée à ce mariage, a été cassé par la Cour suprême.

La cassation d'un arrêt mettant cet arrêt au néant et le faisant réputer non avenu, opère nullité de tout ce qui a été fait en exécution de l'arrêt cassé. Il y aura donc, après la cassation de l'arrêt faisant mainlevée, nullité de la mainlevée et nullité de la célébration qui s'en est suivie; en sorte que les époux se trouveront être et avoir toujours été étrangers l'un à l'autre. En vain dirait-on que la mainlevée de l'opposition étant réputée non avenue, on est dans le cas d'un mariage célébré au mépris d'une opposition, circonstance pour laquelle la loi ne prononce pas nullité du mariage. Ce serait là scinder l'effet de la cassation. La cassation, en effet, comme nous l'avons dit, opère nullité, non pas seulement de la mainlevée qu'avait donnée la Cour d'appel, mais aussi de la déclaration; en sorte que la nullité du mariage n'est pas une conséquence de ce qu'il a été célébré au mépris d'une opposition, mais bien une conséquence immédiate de la cassation, comme la nullité de la mainlevée elle-même. Cela est si vrai, qu'il ne viendra à l'idée de personne d'appliquer dans ce cas à l'officier de l'état civil la peine de 300 francs d'amende prononcée par l'art. 68 contre celui qui procède à un mariage avant que l'opposition qui y était faite soit levée. Et cependant, si l'on reconnaissait d'une part, comme il le faut bien, que légalement il n'y a pas eu de mainlevée; mais que, d'autre part, on voulût reconnaître et maintenir la célébration du mariage, il faudrait dire que la célébration a eu lieu sans mainlevée de l'opposition, et que, par conséquent, c'est le cas d'appliquer l'art. 68, et de prononcer, contre l'officier qui a procédé, l'amende de 300 francs.

Il n'en est pas ainsi : on ne peut pas plus en droit qu'en fait arriver à dire que l'officier de l'état civil a célébré le mariage sans mainlevée de l'opposition. *En fait,* il est vrai que la célébration a eu lieu; mais il est vrai aussi que la mainlevée avait été donnée. *En droit,* au contraire, il est vrai, par l'effet de la cassation qui a tout annulé, qu'il n'y a point eu de mainlevée; mais il est vrai aussi qu'il n'y a point eu de célébration, puisque cette célébration et cette mainlevée sont annulées l'une et l'autre, comme ayant eu lieu en exécution d'un arrêt cassé et réduit à néant. Si donc la Cour d'appel à laquelle l'affaire sera renvoyée, fait, comme la première, mainlevée de l'opposition, il n'y aura mariage entre les époux qu'au moyen d'une nouvelle célébration. Que si elle maintient l'opposition, le mariage sera définitivement impossible. Au surplus, le mariage apparent qui avait eu lieu d'abord pourrait produire, en vertu de l'art. 201, les mêmes effets que s'il n'avait pas été annulé, à cause de la bonne foi des époux qui, ayant pour eux l'arrêt qui levait l'opposition et permettait le mariage, n'avaient contrevenu à rien en contractant ce mariage.

III. — 615. En examinant depuis nous cette question, M. Demo-

lombe (III, 170) a vivement combattu notre doctrine. Selon lui, du moment que le mariage serait une fois célébré, il conserverait toujours et irrévocablement son existence légale, malgré l'anéantissement ultérieur et rétroactif de la mainlevée de l'opposition, soit par l'effet d'une cassation, soit par l'effet d'un appel. Ainsi, un père fait au mariage de son fils une opposition fondée sur ce que celui-ci est engagé dans les ordres sacrés. Après jugement dans un sens quelconque, la Cour d'appel décide que l'engagement dans les ordres n'est point un empêchement au mariage et elle lève l'opposition; le père se pourvoit contre l'arrêt; mais, comme le pourvoi n'a pas l'effet de suspendre l'exécution, le fils contracte mariage : ce mariage, d'après M. Demolombe, est désormais irrévocable. En vain la Cour suprême cassera l'arrêt et le déclarera non avenu en renvoyant devant une autre Cour d'appel chargée de lui en substituer un nouveau; en vain cette dernière Cour rendra un arrêt définitif décidant que l'engagement dans les ordres fait obstacle au mariage, que l'opposition du père est maintenue et que le fils est dans l'impossibilité légale de se marier : tout cela ne servira de rien... De même au cas d'appel : le jugement de première instance avait déclaré la célébration permise; le père, gravement malade peut-être, ou subitement forcé de s'éloigner de son domicile pour quelque temps, laisse passer avant d'appeler huit ou dix jours pendant lesquels le fils se marie; tout est consommé par là. En vain, sur l'appel interjeté quelques jours après, la Cour déclare la mainlevée non avenue et le mariage légalement impossible : ce mariage n'en subsistera pas moins.

Ces idées, que nous comprendrions de la part de personnes étrangères aux théories juridiques, mais qui nous étonnent de la part d'un jurisconsulte, M. Demolombe les appuie sur ces deux motifs : 1° que le système contraire entraînerait des conséquences déplorables; 2° que, puisque la célébration du mariage qui serait faite au mépris même d'une opposition existant actuellement en fait, et maintenue si l'on veut par un arrêt définitif, serait cependant irrévocable (et entraînerait seulement l'amende de 300 francs contre l'officier public), à plus forte raison en doit-il être ainsi de celle qui nous occupe ici, et qui s'est faite sur la permission actuelle de la justice... M. Demolombe invoque enfin trois arrêts de la Cour suprême, desquels il résulterait, selon lui, qu'on ne doit pas suivre rigoureusement le principe de la nullité des droits conférés par un arrêt frappé de cassation.

Tout ceci nous paraît peu solide... Et d'abord, l'argument tiré des conséquences déplorables que pourrait avoir le système par nous exposé n'a aucune valeur. Sans doute, ce système, et c'est nous-même qui l'avons dit le premier, peut devenir funeste et peu moral dans ses résultats. Sans doute, on eût dû poser ici des règles particulières; on eût dû réduire, d'une part, à une très-courte durée les délais d'appel et de pourvoi, pour ne permettre ensuite la célébration qu'après ces délais expirés ou après décision rendue sur le pourvoi comme sur l'appel. Mais là n'est pas la question, et l'argument tombe devant cette

idée bien simple qu'il ne s'agit pas de refaire ou corriger la loi, mais de l'appliquer telle qu'elle est faite... Le second argument, s'il est plus spécieux, n'est pas plus concluant. D'abord, de ce que la loi se contente, comme garantie contre une célébration qu'on serait tenté de faire au mépris d'une opposition matériellement existante, d'une simple amende contre l'officier de l'état civil, parce que cette amende lui paraît suffire pour arrêter cet officier, on n'en pourrait certes pas conclure qu'elle entende rester jamais désarmée et complétement privée de toute garantie, comme elle le serait, d'après le système contraire, dans les cas qui nous occupent. Mais, à part cette observation, nous avions répondu d'avance à l'objection, en disant que la nullité ne procède pas ici d'une célébration faite au mépris d'une opposition, mais bien de la cassation (ou de l'infirmation sur appel) par suite de laquelle la célébration se trouve légalement non avenue. C'est donc cet effet rétroactif de la cassation qu'il faudrait nier ici, et c'est ce que tente timidement M. Demolombe par sa citation d'arrêts. Mais la tentative n'est pas heureuse; car les trois arrêts invoqués dans ce sens prouvent précisément le contraire, et consacrent énergiquement tous trois le principe que la cassation remet les choses en l'état où elles étaient avant la prononciation de l'arrêt cassé (1).

En définitive, le système de M. Demolombe revient à dire que, dans le cas qui nous occupe, le pourvoi est permis, mais à la condition que la cassation qui pourra s'ensuivre sera sans aucun effet; que de même l'appel sera possible après la célébration comme avant, mais à condition alors que l'infirmation n'infirmera rien! Une pareille idée n'est pas même sérieuse; non-seulement elle est insoutenable en droit, mais elle le serait même en législation et alors qu'il s'agirait de refaire la loi au lieu de l'appliquer telle qu'elle est. Il est évident, en effet, que, pour faire une loi nouvelle à ce point de vue, il faudrait, au lieu de consacrer l'étrange plaisanterie d'un appel ou d'un pourvoi que l'on permet à la condition qu'ils n'auront pas de résultat, déclarer que l'appel (après célébration faite) et le pourvoi (toujours) ne seront point

(1) Voy. 26 juillet 1826 (*J. Pal.* à sa date); 14 nov. 1832 (Dev., 33, 1, 207); 8 août 1843 (43, 1, 773). — Le premier arrêt, attendu que *l'effet de la cassation est de remettre la cause et les parties au même état où ils étaient avant l'arrêt annulé*, CASSE la décision par laquelle la Cour d'appel de Paris avait cru pouvoir, dans l'espèce et à raison des circonstances, écarter l'application de ce principe et valider l'aliénation faite en vertu d'un arrêt existant lors de cette aliénation, mais cassé plus tard. — Le second repousse la prétention d'un tiers qui, intéressé au maintien de l'arrêt frappé de pourvoi, voulait intervenir pour en combattre la cassation; et il se fonde sur ce que, si l'arrêt est annulé, *la cause sera renvoyée entière à une autre Cour où le procès se renouvellera*, en sorte que le tiers pourra y intervenir. — Le troisième, enfin, maintient la décision de la Cour de Dijon, qui juge que la cassation prononcée contre l'arrêt d'Aix invoqué par le sieur Perret *a remis les parties au même état où elles étaient avant cet arrêt*; que dès lors *tous les droits résultant de cet arrêt se sont évanouis*, et que Perret, *soumis à la condition résolutoire qui s'est opérée*, ne peut les conserver.

Bien loin donc qu'un seul de ces arrêts porte atteinte au principe que la cassation d'un arrêt fait légalement disparaître cet arrêt et ses conséquences, et que l'état de choses résultant de cet arrêt n'est que conditionnel et soumis à l'éventualité d'une résolution par l'effet de la cassation, tous trois, au contraire, l'établissent de la manière la plus positive.

permis ici. Mais cette loi nouvelle n'existe ni avec l'une ni avec l'autre rédaction; et tant que nos adversaires n'auront à indiquer aucune disposition apportant exception aux principes pour ce cas, force sera bien de reconnaître que l'appel et le pourvoi restent ici permis, et permis avec le résultat ordinaire de tout appel et de tout pourvoi. Et quant aux conséquences qui en peuvent résulter, elles sont, après tout, moins imputables au législateur qu'aux parties elles-mêmes, qui ne devraient pas s'empresser d'user d'une permission qu'ils savent n'avoir qu'une existence conditionnelle.

179. — Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts.

616. Les ascendants, comme nous l'avons vu, sont toujours censés agir par de bons motifs, alors même qu'ils n'auraient pas à indiquer d'empêchement légal au mariage, et que leur seule intention aurait été de faire manquer ce mariage, en faisant reculer les futurs époux devant la nécessité de faire du scandale par un procès en mainlevée. Ils ne peuvent donc jamais être condamnés à des dommages-intérêts. Par la même raison, et bien que l'article n'en parle pas, ils ne pourraient pas être condamnés à tous les dépens du procès; mais, comme de son côté l'enfant était dans son droit en agissant en mainlevée, les dépens pourront être compensés entre lui et les opposants, conformément à l'art. 131 du Code de procédure.

Quant aux opposants autres que des ascendants, quand leur opposition sera rejetée, les juges auront à examiner les motifs qui les ont fait agir; et ils pourront, selon les circonstances, être condamnés en tous les dépens, et même à des dommages-intérêts. Mais ils pourraient également, quand leurs intentions étaient pures et droites, ne pas subir de dommages-intérêts, et même, quand ce sont des frères et sœurs, n'avoir à supporter qu'une partie des dépens (C. pr., même art. 131) (1).

CHAPITRE IV

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

SOMMAIRE.

I. Différence entre l'acte proprement nul ou non existant, et l'acte nul improprement ou annulable.

II. Quelles conditions sont requises pour l'existence du mariage. — L'union formée

(1) Le droit de réclamer des dommages-intérêts n'appartient qu'au futur conjoint du chef duquel elle a été formée; il doit être refusé aux tiers, spécialement au futur conjoint étranger à l'opposition. Même en accordant en principe ce droit aux tiers, ils ne seraient fondés à l'exercer qu'autant qu'ils auraient subi un dommage direct et certain par la faute et l'imprudence de l'opposant. Bourges, 7 août 1872 (Dev., 72, 2, 257).

par l'interdit pour démence, même pendant un intervalle lucide, ne constitue point un mariage. Erreur de M. Duranton, de M. Zachariæ, et de M. Demolombe.

III. Ce chapitre ne s'occupe que des nullités simples de mariage, et non des cas de non-existence de ce contrat. Confusion de la plupart des auteurs.

IV. Les nullités de mariage sont relatives ou absolues.

I. — 617. On fait souvent dans le monde, et la plupart des auteurs ont fait, dans l'explication de ce chapitre du Code, une confusion qu'il est cependant fort important, et aussi bien facile d'éviter. C'est celle d'un acte nul avec l'acte simplement annulable.

L'acte nul est celui qui n'existe pas, dont l'existence n'est qu'une apparence sans réalité : tel serait le prétendu mariage qu'un fou semblerait contracter; telle serait encore l'union que paraîtraient former, devant l'officier de l'état civil, deux femmes, dont l'une se ferait passer pour un jeune homme. Dans ce cas le mariage est *nul* dans le sens propre, rigoureux et philosophique de ce mot. *Nullum est matrimonium,* IL N'Y A PAS DE MARIAGE.

L'acte annulable, au contraire, est celui qui s'est vraiment formé, qui a une existence véritable, mais qui se trouvait entaché d'un vice pour lequel la loi permet de le faire briser, casser, annuler : tel serait le mariage qu'un jeune homme de vingt-quatre ans contracterait sans le consentement de son père.

Cette profonde différence entre la nature de ces deux actes, dont l'un est cassable, tandis que l'autre n'existe point, amène, on le conçoit, des différences, profondes également, pour les théories juridiques auxquelles l'un et l'autre donnent lieu.

618. L'acte nul étant celui qui n'a point d'existence, ne peut donc se trouver jamais vivifié, confirmé, par une cause postérieure, quelle que soit cette cause. Car le néant n'est susceptible d'aucune amélioration ni modification : *Nihili nullæ sunt proprietates : quod nullum est, nullum producit effectum; quod nullum est, confirmari nequit.* Quand un mariage est nul, non existant, on ne peut pas parler pour lui de ratification; tout ce qui est possible, c'est sa création, sa formation. Quand un mariage est nul, je n'ai pas besoin de l'attaquer pour qu'il ne me nuise pas; et non-seulement je n'ai pas besoin de l'attaquer, de le faire casser, mais je ne le puis pas. En effet, comment annuler ce qui est nul, comment anéantir le néant! A la vérité (et c'est là, sans doute, ce qui a trompé les commentateurs), quand je veux empêcher les résultats, à moi préjudiciables, qu'on entend faire produire à un acte nul, il faut encore que je m'adresse au pouvoir judiciaire, qui seul, dans toute société bien organisée, doit prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre les citoyens. Entre moi, qui prétends que le mariage, ou l'acte quelconque, n'existe pas, et mon adversaire qui le soutient existant et valable, il faut bien que ce soit l'autorité compétente qui intervienne pour dire qui a raison. Mais je ne demanderai pas au tribunal de casser, d'annuler le mariage ou l'acte dont il s'agit; je lui demanderai de reconnaître et de proclamer que cet acte n'existait pas et n'a jamais existé.

Au contraire, quand l'acte n'est nul que dans le sens impropre du mot, c'est-à-dire quand il a une existence réelle, mais seulement vicieuse, cet acte est susceptible de ratification, de restauration. En outre, cet acte, puisqu'il existe, continuera d'exister tant qu'on ne le cassera pas ; d'où la nécessité de former contre lui une demande en annulation, en cassation, en d'autres termes, *une action en nullité*. Et puisqu'il y a une action en cassation à intenter contre l'acte annulable, il faudra que la loi organise cette action, il faudra qu'elle dise dans quel cas et pour quelles causes elle pourra être intentée; par quelles personnes, dans quel délai, et sous quelles autres conditions elle devra l'être.

Ainsi, quand l'action tendant à l'annulation d'un acte vicieux sera formée pour une autre cause, par d'autres personnes, à une autre époque, que celles indiquées par cette loi, cette action ne sera pas reçue.

Au contraire, comme on ne peut pas agir sur ce qui n'existe pas, je n'ai pas d'action rigoureusement organisée à intenter contre l'acte nul ; j'attends sans danger qu'on vienne me l'opposer; et le jour qu'on me l'oppose, à quelque époque que ce soit, j'ai tout simplement à répondre qu'il n'existe pas, et à m'adresser au juge pour faire *constater* la vérité de mon affirmation.

619. En outre des actes nuls et annulables, on distingue encore les actes *rescindables*, mais cette nouvelle distinction est ici sans importance. L'acte rescindable, en effet, se confond avec l'acte annulable quant à ses effets, et ne s'en distingue que par la cause qui le rend tel. La différence consiste en ce que l'annulation provient d'un vice intrinsèque à l'acte, et qui l'affecte dans son essence même, comme l'erreur ou la violence; tandis que la rescision résulte d'une circonstance externe : telle est la vileté du prix dans le cas de vente (art. 1674). Mais, dans ces deux cas, nous le répétons, les effets sont les mêmes, et il serait inutile de se préoccuper de cette différence de mots. Il en est tout autrement de la distinction, trop peu marquée par les termes, entre la nullité rigoureuse et la nullité imparfaite; et, pour nous restreindre à la matière qui nous occupe, il faut éviter avec le plus grand soin de jamais confondre un mariage non existant avec un mariage nul simplement (1).

II. — 620. Maintenant, parmi les conditions diverses exigées pour le mariage, lesquelles seront seulement nécessaires à sa validité, et quelles autres seront essentielles à son existence même, à la formation du contrat? La loi ne donne nulle part la réponse textuelle à cette question ; mais cette réponse ressort suffisamment, soit de la nature même des choses, soit de l'ensemble de notre législation.

Trois conditions sont essentielles à l'existence même du mariage : 1° la capacité, chez les deux parties, d'être mari et femme, c'est-à-dire

(1) Voy. les explications qui précèdent l'art. 1304 (t. IV).

la différence de sexe; 2° leur consentement de se prendre réciproquement pour époux; 3° la déclaration formelle de ce consentement devant un officier de l'état civil.

Et d'abord, pour la différence de sexe, il est bien évident que si deux hommes dont l'un serait pris pour une femme, ou deux femmes dont l'une passerait pour un homme, allaient déclarer devant l'officier public, avec toutes les formalités voulues, qu'ils se prennent pour époux, il n'y aurait pas mariage.

La troisième et dernière condition par nous indiquée n'est pas moins évidente que cette première. Les officiers de l'état civil sont les représentants de la société, les délégués de l'État, pour recevoir toute convention de mariage. Donc, toute union formée hors la présence d'un de ces officiers, le fût-elle d'ailleurs en face de cent témoins et du ministre du culte auquel les parties appartiennent, ne pourrait constituer un mariage. L'union formée arrière de la société civile n'existe pas aux yeux de cette société. Si le mariage était abandonné aux simples règles du droit des gens et qu'il restât contrat purement naturel, le seul consentement suffirait pour le former, et tout moyen de preuve serait propre à l'établir; mais du moment que l'homme vit dans une société civile, et que la loi a organisé le mariage comme contrat civil, il est bien clair que ce contrat ne saurait se former sans le concours des fonctionnaires que cette loi a institués *ad hoc,* de même qu'il ne peut plus se prouver que par les moyens spéciaux que présente cette même loi. Du reste, il n'est pas nécessaire, pour l'existence du mariage, que l'officier qui le reçoit soit bien précisément celui qui devait tout spécialement recevoir ce mariage. Pourvu que ce soit un des officiers de l'état civil, on ne peut plus dire que l'union se soit formée arrière de la société civile, et dès lors le mariage subsiste, le contrat civil s'est formé; seulement, comme il s'est formé irrégulièrement, l'incompétence de l'officier qui a procédé pourra faire obstacle à sa validité. Donc, dans ce cas, le mariage peut être annulable; mais jusqu'à l'annulation, il existe.

La seconde condition (à laquelle nous n'arrivons qu'en dernier lieu, parce que son explication va être plus longue) est plus claire encore, s'il est possible, que celle dont nous venons de parler. Le mariage est un contrat; or, un contrat se constitue précisément par l'accord des volontés, par le vouloir conforme, le *consensus* des parties; donc, quand il n'y a pas de consentement, il est bien impossible qu'il y ait mariage. Ceci est élémentaire, et l'on pourrait s'étonner de voir la loi nous donner un article exprès (art. 146) pour poser une semblable règle, si la pensée du législateur n'avait été de donner à cet article un sens plus étendu que celui qu'il paraît avoir d'abord. En effet, ce n'est pas seulement du consentement de fait, du consentement naturel, que l'art 146 entend parler; c'est aussi du consentement légal, civil, qui peut bien être absent dans des cas où le consentement naturel existe. Ainsi, le *mort civilement* a certainement sa volonté; en fait et naturel-

lement, il est parfaitement capable de consentir (1). Mais, civilement, il est mort, et dès lors son prétendu mariage tomberait sous le coup de cet art. 146; ce serait une apparence sans réalité légale, un être matériel sans valeur juridique, pour défaut de consentement, et qu'il n'y aurait pas lieu de faire annuler. Ainsi encore, l'interdit pour démence peut avoir des intervalles lucides, et, dans ces intervalles, jouir d'une pleine raison, d'une parfaite capacité de consentir. Cependant, l'union qu'il formerait pendant un de ces intervalles n'en serait pas moins dénuée du caractère de mariage, parce que, s'il y a là consentement naturel, il n'y a pas le consentement civil dont l'art. 146 entend parler.

621. Tout le monde, cependant, n'est pas d'accord sur ce dernier point. Tous les jurisconsultes professent, comme nous, la non-existence du mariage d'un mort civilement; mais tous n'admettent pas celle du mariage qu'un interdit contracterait dans un moment lucide. Cette appréciation différente du mariage du mort civilement, et du mariage de l'interdit pour démence, provient du défaut d'harmonie dans l'ensemble des règles tracées par la loi pour l'interdiction. En effet, tandis que la nullité radicale, qui frappe le mariage du mort civilement, frappe aussi tous les actes qu'il voudrait consentir, à l'exception seulement de ceux relatifs à son existence naturelle (voy. *l'explicat. de l'art.* 25); au contraire, quant à l'interdit, cette même nullité qui, selon nous du moins, atteint également l'union qu'il formerait dans un intervalle lucide, n'atteint plus les autres actes qu'il pourrait consentir : ces actes, au lieu d'être proprement nuls, ne sont qu'annulables, comme le prouve l'art. 1304, qui, pour ce cas, comme pour tous les cas de violence, d'erreur, de dol ou de minorité, organise une action en annulation qui dure dix ans. Cette non-nullité des actes ordinaires passés par l'interdit pour démence empêche plusieurs auteurs d'admettre la non-existence du mariage de cet interdit. Mais ces auteurs ne sont pas d'accord entre eux sur la valeur de ce mariage. M. Duranton (II, n°s 27-33) le croit simplement annulable, comme tous les autres actes que ferait cet interdit, et d'après la règle résultant de la combinaison des art. 502 et 1304; M. Zachariæ (III, p. 283), le déclare complétement valable, mais pourvu qu'il soit contracté avec le consentement des ascendants ou, à leur défaut, du conseil de famille; enfin, M. Demolombe (III, 127) et un arrêt des requêtes (2) le proclament valable absolument et sans la condition du concours d'aucune personne.

La première opinion est certainement inadmissible; et il faut choisir entre la non-existence à laquelle nous nous arrêtons, et la validité entière qu'adoptent MM. Zachariæ et Demolombe. On verra, en effet, par l'ensemble de ce chapitre, et notamment au n° V de l'art. 180, que le système d'annulation des actes ordinaires ne peut pas être invoqué en matière de mariage; que les annulations de mariage ont leur système à

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 (voy. ci-dessus l'art. 22).
(2) Rejet sur arrêt de Caen, 12 nov. 1844 (Dev., 45, 1, 246).

part, et qu'on ne peut appliquer ici aucune autre cause d'annulation que celles de ce chapitre; or, aucun texte de ce chapitre ne parle de l'annulation pour interdiction. C'est donc que le mariage de l'interdit est, de deux choses l'une, ou pleinement valable, on inexistant.

622. Maintenant, laquelle de ces deux idées est celle de la loi?... Disons d'abord que, si l'on se range à l'idée de la validité, il faudra le faire en rejetant la condition exigée par M. Zachariæ, du consentement des ascendants ou de la famille. Si le mariage que l'interdit pour démence vient contracter dans un intervalle lucide est valable, il l'est sans condition aucune; car aucune règle du Code n'exige *qu'un majeur* obtienne pour se marier, le consentement de personne.

M. Zachariæ fonde son étrange décision sur l'art. 509, qui déclare que *l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens;* mais c'est dénaturer le sens de cet article, que de l'appliquer au cas qui nous occupe. — En effet, il y a deux espèces de minorités, fort distinctes l'une de l'autre : la minorité ordinaire et la minorité de mariage. La minorité ordinaire finit toujours à vingt et un ans; l'autre dure quelquefois jusqu'à vingt-cinq ans. Même au-dessous de vingt et un ans, où l'enfant subit simultanément ces deux minorités, celles-ci, cependant, ne se confondent pas pour cela, puisque l'enfant qui serait en tutelle et qui aurait encore une bisaïeule dépendrait de son conseil de famille, comme mineur ordinaire, et de cette bisaïeule, comme mineur de mariage. Or, c'est au mineur ordinaire que l'art. 509 assimile l'interdit, au mineur ordinaire, dont la loi vient de parler dans le titre *de la Minorité et de la Tutelle,* pour passer à des idées analogues et qui s'enchaînent tout naturellement dans le titre *de la Majorité et de l'Interdiction.* Le second membre de la phrase qui forme cet art. 509 le prouve assez, quand, pour développer la première idée, il ajoute : « Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. » Bien plus, l'assimilation faite de l'interdit au mineur ordinaire est loin d'être complète; car le mineur ne reçoit jamais de tuteur ni de conseil de famille, tant qu'il a son père et sa mère; tandis que l'interdit est soumis à ce conseil et à un tuteur, aussi bien quand il a son père et sa mère que quand il les a perdus tous deux. Si, comme le dit avec beaucoup de raison M. Zachariæ, il n'existe aucun rapport entre les nullités de mariage et la règle des art. 202 et 1304, il est évident qu'il n'en existe pas plus entre les consentements au mariage et la règle de l'art. 509. — L'inexactitude de la doctrine de M. Zachariæ se trouve encore prouvée par la disposition de l'art. 175. En effet, nous avons vu que cet article ne peut recevoir son entière application que dans le cas d'un futur époux qui peut se marier sans consentement d'ascendants ou de la famille, et qui pourtant est soumis à un conseil de famille. Or, ce cas ne peut être que celui d'un majeur interdit. Si donc on entendait l'art. 509 comme M. Zachariæ, ce cas disparaîtrait, et une partie de l'art. 175 deviendrait inapplicable.

Donc, de deux choses l'une : ou le mariage contracté par l'interdit,

dans un moment lucide, est valable sans le concours de personne, comme le prétend M. Demolombe; ou il reste sans existence, pour défaut de consentement légal, par application de l'art. 146.

623. C'est cette dernière idée qui est vraie; c'est dans ce sens que l'art. 146 a été rédigé : l'historique de sa rédaction le prouve assez.

Dans la première séance du Conseil d'État sur ce titre, on proposa un article qui déclarait *incapables* de contracter mariage, en les mettant sur la même ligne : 1° l'interdit pour démence ou fureur; 2° les sourds-muets hors d'état de manifester leur volonté; 3° *l'individu frappé de mort civile*. Après quelques discussions, l'article fut rejeté, sur cette réflexion du consul Cambacérès, que ses dispositions n'étaient que des *conséquences naturelles de la règle générale qui exige le consentement* (Fenet, t. IX, p. 8 et 12).

Il fut donc bien entendu que ni le *mort civilement* ni le sourd-muet incapable d'exprimer sa volonté, ni l'interdit, ne pourraient contracter mariage, et que tous trois tombaient sous le coup du principe de l'art .146, lequel, dès lors, dans la pensée des rédacteurs, s'entendait du consentement légal, civil, aussi bien que du consentement naturel. Il fut si bien entendu que telle était la portée de l'article, que, plus tard, le Tribunat, lors de la communication officieuse qui lui fut faite, fit observer que le texte trop laconique de l'article demandait une addition qui, pour bien exprimer la règle, déclarât formellement que *l'interdit pour démence est,* EN FAIT DE MARIAGE, *hors d'état de donner un consentement, lors même qu'il aurait des intervalles lucides.* En conséquence, on proposait d'ajouter à l'art. 146 ce second alinéa : « L'interdit pour cause de démence ne peut contracter mariage. » Comme on le voit, l'addition proposée par le Tribunat était précisément conçue dans les mêmes termes que l'article discuté dans la première séance du Conseil; la phrase fut donc repoussée, comme elle l'avait été la première fois. Mais, qu'on y pense bien; puisque le Conseil l'avait rejetée, non pas parce qu'il n'en voulait point admettre la pensée, mais, au contraire, parce que cette pensée était, à ses yeux, *une conséquence, inutile à exprimer, de la règle générale,* il devient incontestable que l'art. 146 a été mis dans le Code pour s'appliquer au consentement légal, dont le mort civilement et l'interdit pour démence sont incapables, aussi bien qu'au consentement naturel qui peut exister chez eux. Que plus tard, dans les art. 1125 et 1304, le législateur ait organisé d'après un autre principe les effets de l'interdiction judiciaire pour les actes ordinaires, pour les contrats pécuniaires, c'est évident; mais ceci n'empêche pas qu'*en fait de mariage,* comme le disait le Tribunat, l'incapacité légale de consentir est absolue pour l'interdit. Et ceci n'est pas étonnant, puisque, comme nous l'avons déjà dit, le système des nullités de mariage, développé par les art. 180 à 193, est tout spécial et organisé sur un plan tout différent du système adopté, pour les actes ordinaires, par le titre *des Obligations,* dans les art. 1109 à 1125, puis 1304 à 1314.

Du reste, nous ne parlons dans tout ceci que du mariage contracté

par un interdit *judiciaire*, dans un moment *lucide*. En effet, 1° si la déclaration de mariage était donnée pendant l'absence de la raison, sa non-existence ne serait plus une question, puisqu'elle aurait également lieu en dehors de toute interdiction; 2° quant à l'interdiction légale, organisée par le droit criminel dans divers cas déjà indiqués, comme, d'une part, elle enlève l'exercice de tout droit civil, elle forme, dès lors, obstacle à la célébration du mariage; mais, d'un autre côté, puisqu'elle n'a point été comprise dans l'art. 146 comme cause de non-existence du mariage, et qu'elle n'est point indiquée dans le chap. IV comme cause d'annulation, il s'ensuit qu'elle forme seulement un empêchement prohibitif.

La doctrine de M. Demolombe et de l'arrêt de 1844 est donc contraire à la loi comme celle de M. Zachariæ, comme celle de M. Duranton; et la vraie pensée de la loi est celle à laquelle nous nous sommes arrêté et qu'ont enseignée depuis nous M. Valette, dans ses notes sur Proudhon (I, p. 137), et M. Pont, dans son excellente critique de la jurisprudence (*Rev. de la législat.*, t. III de 1845, p. 239-263).

III. — 624. Ainsi, l'union que contractent deux personnes ne constitue point un mariage, lorsqu'il lui manque une de ces trois conditions : différence de sexe chez les parties; consentement naturel et légal de ces parties; célébration devant un officier de l'état civil. L'absence de toute autre condition, quelle qu'elle soit, laisse subsister le mariage, et peut seulement l'entacher de nullité.

Or, s'il n'était pas nécessaire d'indiquer par des textes exprès les causes de non-existence du mariage, parce qu'elles sont écrites dans la nature même des choses, il était indispensable, au contraire, de préciser les causes de simple nullité, attendu qu'elles dépendaient de la volonté, nous dirions presque du caprice du législateur. Par exemple, au lieu de prononcer la nullité contre le mariage des impubères, il eût bien pu le déclarer valable en prononçant un emprisonnement ou une amende contre les parents et l'officier public; il aurait pu également fixer la puberté légale à un âge plus avancé ou plus reculé que celui qu'il a choisi. De même, au lieu de dire que la non-obtention du *consentement* par les mineurs serait une cause de nullité, et la non-réquisition du *conseil* par les majeurs une simple contravention punissable par une amende, il aurait pu dire que cette seconde circonstance entraînerait l'annulation comme la première, ou, en sens inverse, que la première aussi donnerait seulement lieu à une amende, plus forte pour ce cas.

En outre, si pour le cas de non-existence du mariage il n'y avait pas lieu d'organiser des actions à intenter, il est clair qu'il en était autrement dans le cas de simple nullité et quand il s'agit d'un mariage qui subsiste et qui peut seulement être détruit. Il fallait dire, pour chaque cause de nullité en particulier, si et comment elle pourrait être couverte; s'il y aurait un ou plusieurs moyens de ratification et quels ils seraient; par qui et dans quel délai l'action pourrait être intentée, etc. En un mot, s'il n'y avait rien à dire pour le cas de non-existence du contrat, attendu que personne ne peut être embarrassé sur la théorie du

néant, il fallait, au contraire, tout dire, tout organiser pour le cas d'actes annulables; il fallait écrire toute la théorie des nullités. C'est ce que le Code fait pour le mariage, dans les quatorze premiers articles de notre chapitre, comme il le fait pour les autres contrats dans les art. 1109 à 1125, et 1304 à 1314. Car, nous pouvons de suite le dire, sauf, plus tard, à le prouver, la loi dans le titre *des Obligations* ne s'occupe pas plus des contrats rigoureusement nuls, qu'elle ne s'occupe ici de la nullité propre des mariages; elle ne s'occupe jamais que des actes vraiment existants, mais non valables. Les art. 1109 et suivants sont sous la rubrique des *Conditions essentielles* A LA VALIDITÉ *des conventions,* et les art. 1304 et suivants sous la rubrique de l'*Extinction des obligations;* or, on n'*éteint* pas, on ne détruit pas ce qui n'existe point.

Pour rester, quant à présent, dans la matière que nous traitons, notre chap. IV ne devait parler, et ne parle, en effet, que des mariages annulables. On chercherait en vain, dans les quatorze articles auxquels nous arrivons, un seul cas d'union ne constituant point un mariage; par exemple, le cas de non-consentement, l'union formée par un mort civilement ou par un fou, la célébration par un individu non-officier public, etc.

625. Il est donc étrange, après cela, et surtout il est triste, de voir la plupart des auteurs confondre le mariage non existant avec le mariage annulable, mettre sur la même ligne le défaut de consentement et les vices du consentement, et nous présenter pour théorie un mélange d'idées incohérentes, où il est impossible à l'esprit de rien saisir de logique (1). C'est pour éviter un pareil résultat et pour jeter du jour sur les questions controversées que va nous offrir l'art. 180, que nous avons cru devoir donner ces observations préliminaires.

Du reste, nous devons faire observer que les mots *annulation, annulable,* que nous employons fréquemment parce qu'ils expriment exactement l'idée que nous avons à indiquer, ne se trouvent nulle part dans le Code; la loi se sert toujours des mots *nul* et *nullité*. Elle le peut en effet sans danger et sans donner lieu à aucune confusion entre les deux nullités, puisqu'elle ne s'occupe jamais de la nullité proprement dite. N'oublions donc pas qu'en général, dans le Code, les mots *nul* et *nullité* signifient *annulable, annulation, annulabilité*...

Nous sommes heureux de voir cette distinction si capitale entre le mariage nul et le mariage annulable pénétrer enfin dans les traités de droit (M. Demolombe, III, n°s 239-241).

IV. — 626. Nous devons indiquer, en terminant, la distinction présentée partout, et logique en effet, des nullités *absolues* et des nullités *relatives*.

On appelle nullité absolue celle qui est fondée sur un motif d'ordre public et qui, pour cette raison, peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, soit moral, soit pécuniaire, et aussi par le ministère public, représentant légal de la société (art. 184-191). On entend, au

(1) *Notamm.* Delvincourt, Vazeille (I, 215); Toullier (I, 601); Duranton (II, 263).

contraire, par nullité relative, celle pour laquelle l'action ne peut être intentée que par de telles personnes déterminées, parce qu'elle ne blesse d'une manière grave que l'intérêt particulier de ces personnes (art. 180, 182).

§ 1er. — Annulation du mariage.

180. — Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur.

SOMMAIRE.

I. Le premier alinéa est relatif, non pas au défaut de consentement, mais au défaut de liberté dans le consentement. Erreur de Toullier, M. Duranton, etc.
II. Quand le défaut de liberté sera-t-il suffisant pour faire annuler le mariage?
III. Le deuxième alinéa prévoit l'erreur sur les qualités principales de la personne, et non pas l'erreur sur l'individu même.
IV. Suite de la même idée.
V. La loi laisse aux tribunaux le soin d'apprécier, d'après les circonstances, si l'erreur sur les qualités est assez grave pour motiver l'annulation. Exemple d'annulation pour cette cause : refus d'un époux de procéder à la célébration religieuse.
VI. Le dol n'est point une cause de nullité du mariage. — Théorie générale du dol. — Parallèle entre le système d'annulation du mariage et le système d'annulation des actes ordinaires.
VII. La nullité est ici rigoureusement personnelle, et l'action ne passe pas aux héritiers, quand même l'époux mourrait pendant une instance par lui ouverte. Dissentiment avec M. Duranton, M. Zachariæ et M. Demolombe.

I. — 627. La plupart des auteurs, notamment Toullier (I, 501 et 504) et M. Duranton (II, 263 et 269), enseignent que le premier alinéa de cet article prévoit et le défaut de liberté dans le consentement, et aussi le défaut *du consentement lui-même;* ils professent que l'article, dans son ensemble, n'est que l'application et la mise en exercice de l'art. 146 : *Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a pas de consentement.* Or, c'est là une erreur profonde qui se trouve réfutée déjà par les développements donnés dans les observations préliminaires, et qui reçoit encore ici trois démentis consécutifs par le texte même de nos art. 180 et 181. En effet, l'art. 180 dit que le mariage pourra être attaqué, non par l'époux *qui n'aurait pas consenti,* mais bien par l'époux *dont le consentement n'a pas été libre.* En outre, l'art. 181 fixe un délai qui doit courir, non pas du moment où l'époux *aurait consenti,* mais du moment où cet époux *a acquis sa pleine liberté.* Enfin, d'après ce même art. 181, le mariage dont il s'agit se trouve confirmé après ce délai; or, s'il est naturel que le silence suffisamment prolongé de celui qui pouvait se plaindre rende inattaquable un mariage vicieux et que l'on pouvait d'abord casser, il est bien impossible que ce silence fasse naître un mariage là où il n'y en avait pas. Il ne s'agit donc pas dans notre article de l'absence du consentement, mais des vices du consentement, et cette

vérité sera mieux démontrée encore par les circonstances historiques que nous relatons plus bas au n° IV.

C'est donc du consentement existant, mais donné sans une liberté suffisante, que la loi s'occupe ici, et non du défaut de consentement.

Ainsi, un jeune homme de vingt et un ans, qui n'a plus d'ascendants, se laisse séduire par une courtisane habile, qui, voulant mettre à profit la passion qu'elle lui inspire, met à l'accomplissement des désirs de ce fou une condition qui doit lui faire partager ses richesses, c'est-à-dire un mariage avec elle. Le jeune homme, à qui sa passion a enlevé l'usage de sa raison, y consent. Dans ce cas, il y a consentement; mais ce consentement n'est pas donné avec pleine liberté... Ainsi encore, un père veut donner à sa fille un époux qu'il répugne à celle-ci d'accepter; son refus la fait devenir l'objet de sévères traitements. Bientôt, on lui annonce que tout est prêt, on lui déclare que, si devant l'officier public elle ose dire non, des traitements plus durs encore l'attendent, et la jeune personne finit par dire oui. Or, ici encore il y a consentement. La jeune personne a fait une comparaison entre son mariage avec l'époux proposé et les traitements qui l'attendaient chez elle, et de deux maux elle a choisi le moindre. Mais choisir, c'est préférer; c'est donc vouloir, c'est consentir : *qui mavult, vult; coacta voluntas, voluntas est.* Il y a donc consentement, et le contrat s'est formé; seulement, ce consentement n'a pas été libre.

II. — 628. Maintenant, dans quels cas y aura-t-il défaut suffisant de liberté, pour que la nullité du mariage doive être prononcée? Appliquera-t-on ici les règles des contrats ordinaires?

Dans les contrats ordinaires, le défaut de liberté du consentement ne permet l'annulation qu'autant qu'il provient de la violence, comme on le voit par l'art. 1109. En sera-t-il de même ici?... Non, les vrais principes de morale et d'ordre public, et les termes mêmes de la loi, demandent qu'on admette la nullité (quand même il n'y aurait pas eu violence), dès qu'il sera constant que l'époux n'avait pas son entière liberté et qu'il était entraîné par une influence que la raison désavoue.

Ainsi, lorsque le jeune homme dont nous parlions au numéro précédent viendra demander à sortir de l'abîme dans lequel l'a jeté son inexpérience, la loi le forcera-t-elle d'y rester par cela seul qu'il n'y aura pas eu violence? Serait-il défendu, dans ce cas, aux tribunaux, de proclamer, d'après les circonstances, qu'il n'y a pas eu liberté suffisante, et que le mariage ne doit pas être maintenu? Non, sans doute. La morale ne peut pas sanctionner une union comme celle dont nous parlons. La société elle-même est intéressée à l'annulation, puisque, si ce mariage était maintenu, ce jeune homme, au lieu de donner à l'État des enfants légitimes, se trouverait contraint de garder un célibat perpétuel, ou de donner le jour à des enfants adultérins par un commerce coupable avec une autre femme.

Aussi, dans l'ancien droit, la séduction était mise, quant au mariage, sur la même ligne que la violence (Pothier, *Contrat de mariage,* n° 315 et 320). Et le Code reproduit évidemment les mêmes principes,

puisque au lieu de restreindre la nullité du mariage au cas de violence, comme le fait positivement l'art. 1109 pour les contrats ordinaires, il la permet dans notre article, dès-là que le consentement n'a pas été libre. Et cette différence entre les art. 180 et 1109 n'est pas une inadvertance du législateur; car elle est écrite de nouveau dans les art. 181 et 1304, dont le dernier fait courir le délai de l'action à partir du jour *où la violence a cessé,* tandis que le premier le fait courir du jour où l'époux *a acquis sa pleine liberté*.

Du reste, et tout le monde le comprend, c'est là un principe dans l'application duquel les tribunaux devront apporter la plus grande prudence. Ils ne devront jamais prononcer la nullité qu'autant qu'il sera bien constant par les circonstances, 1° que la liberté de l'époux a vraiment été détruite, et 2° qu'elle l'a été par des influences immorales et de nature à ne pouvoir être sanctionnées par la loi.

III. — 629. Le second alinéa de notre article nous indique, comme deuxième cause de nullité du mariage, l'*erreur dans la personne*. Et comme l'erreur qui consisterait à épouser une personne alors qu'on croit en épouser une autre serait un cas d'absence du consentement et par conséquent d'inexistence du mariage, tandis qu'il ne s'agit dans nos articles que des mariages existants et annulables, il s'ensuit que ce n'est pas de l'erreur sur l'identité de l'individu qu'il s'agit ici, mais bien de celle qui m'a fait croire que la personne avait telles qualités qu'elle n'avait pas réellement.

Cette vérité étant demeurée inaperçue par la plupart des interprètes du Code, nous devons l'établir ici avec soin; et pour la faire bien comprendre, il nous faut d'abord jeter un coup d'œil sur l'ancien droit. Nous examinerons ensuite si l'ancien système était bien logique, s'il était moral dans ses conséquences. Nous rechercherons, enfin, si c'est ce système que notre Code reproduit.

630. L'ancienne jurisprudence mettait sur la même ligne, quant aux nullités de mariage, le cas de l'erreur résultant d'une substitution de personnes, et le cas du défaut de liberté dans le consentement par suite de violence ou de séduction. Dans un cas comme dans l'autre, le mariage pouvait être attaqué en nullité pendant un temps qui n'était pas déterminé et que les tribunaux, dès lors, devaient apprécier d'après les circonstances; puis, quand un temps assez long s'était écoulé, trois ou quatre ans, par exemple, le mariage était inattaquable (Pothier, n[os] 308 et suiv., 315 et suiv.).

Du reste, on voit par les différents exemples que citent les auteurs que l'erreur par substitution de personnes s'entendait d'une manière très-large et se comprenait aussi bien du cas de substitution à une personne qu'on n'avait jamais vue, que de celui où une personne était mise à la place d'une autre personne antérieurement connue de l'époux trompé. Ainsi, qu'un prince veuille épouser la fille aînée d'un prince voisin, héritier de la principauté de son père, et qu'il n'a jamais vue; si, au lieu de l'aînée, on lui envoie la jeune et qu'il l'épouse, la prenant pour sa sœur, le mariage sera nul. Ainsi encore, qu'un courtisan veuille

épouser la riche veuve d'un fermier général, qu'il n'a jamais rencontrée, et que celle-ci, par ruse, lui fasse épouser une de ses parentes qu'elle fait passer pour elle-même aux yeux du courtisan, le mariage sera nul. En un mot, toutes les fois qu'il y avait erreur résultant d'une substitution à une personne *inconnue,* il y avait nullité, aussi bien que dans le cas où la future, bien connue du futur époux, aurait été remplacée, au moment de la célébration, par une autre femme, avec les précautions nécessaires pour empêcher de découvrir le changement.

Quant à l'erreur sur les qualités de la personne en dehors du cas de substitution, elle n'était point une cause de nullité, excepté dans un seul cas, celui où l'on aurait épousé une personne esclave que l'on croyait libre (*ibid.,* n° 311).

Ainsi, 1° erreur par substitution de personne (soit que la personne à laquelle une autre était substituée fût ou non connue antérieurement de l'autre partie); 2° défaut de liberté dans le consentement (provenant soit de violence, soit de séduction); 3° enfin, erreur sans substitution, mais tombant sur la liberté de la personne : telles étaient les trois causes de nullité admises par l'ancien droit, lesquelles finissaient par se couvrir et laissaient le mariage devenir valable, au moyen du silence gardé pendant un certain temps.

631. Eh bien! d'abord, ce système était-il logique, rationnel et d'accord avec les principes juridiques?... Évidemment, non; il y avait là trois idées absurdes et qu'une législation quelque peu philosophique ne pouvait pas consacrer : 1° l'assimilation de l'erreur par substitution à une personne connue, avec le défaut de liberté dans le consentement; 2° l'assimilation de la substitution à une personne connue, avec la substitution à une personne inconnue; 3° la confirmation du mariage par un certain laps de temps, dans le cas d'erreur par substitution à une personne connue.

1° Rien de plus contradictoire que l'assimilation de l'erreur par substitution à une personne connue, avec le défaut de liberté dans le consentement. Quand, à la place de Marie que j'ai vue, que je connais et que je crois épouser, on m'a amené devant l'officier public Jeanne, si bien cachée par son voile que je ne m'aperçois pas du changement, il est clair qu'il n'y a pas de consentement. Quand, dans ce cas, je dis que je consens à prendre pour épouse la femme ici présente, c'est à Marie que je pense, c'est de Marie que j'entends parler, c'est sur Marie que ma volonté tombe; et si Jeanne, elle, veut bien me prendre pour mari, moi, je ne veux pas la prendre pour femme. Donc, alors, il n'y a pas concours des deux volontés vers le même but : *consensus duorum in idem placitum;* dès lors, pas de contrat, pas de mariage... Au contraire, quand il y a seulement défaut de liberté dans le consentement, quand le consentement a été donné, et qu'il est seulement vicié parce qu'il n'a été donné que par suite de séduction ou de violence, alors le consentement existait, le contrat existe. Il y a donc mariage, dans ce cas; seulement, ce mariage peut être cassé.

Nous n'avons, du reste, rien de mieux à faire ici que de renvoyer sur

ces deux idées aux développements donnés par Pothier lui-même, qui fait voir avec la plus grande clarté que dans le premier cas il n'y a pas contrat, tandis que le contrat existe dans le second (*ibid.*, n° 308, puis 312).

Il ne fallait donc pas confondre ces deux cas.

2° Il ne fallait pas non plus confondre et identifier l'un et l'autre la substitution à une personne connue et la substitution à une personne que l'on n'avait jamais vue auparavant. La première, en effet, est un cas de non-consentement, de non-formation du contrat; dans la seconde, au contraire, le consentement existe et le contrat se forme. La première présente une erreur sur l'individu même; la seconde ne produit qu'une erreur sur les qualités.

En effet, quand, à la place de la Julie que je connais, qui m'a plu et chez laquelle j'ai cru deviner des sentiments qui me déterminent à l'épouser, on m'amène devant l'officier de l'état civil une autre Julie que son voile cache à mes yeux, il est clair qu'il n'y aura pas de consentement. Quand je déclarerai alors prendre pour épouse Julie ici présente, la volonté que je paraîtrai exprimer ne sera pas dans mon esprit; les mots *Julie ici présente,* qui extérieurement sembleront manifester une idée tombant sur la Julie vraiment présente, seront au contraire la manifestation faussement interprétée, d'une idée tombant sur la Julie qui est absente. C'est cette Julie absente que mon esprit se représente au moment où je parle; c'est à elle que ma pensée se reporte; c'est sur elle que ma volonté tombe. En sorte que si, de son côté, la Julie qui est là a vraiment la volonté de m'épouser, moi je n'ai pas, malgré la signification apparente de mes paroles, la volonté de l'épouser également, et dès lors il n'y a pas *consensus in idem placitum;* il n'y a pas de consentement. C'est là une véritable erreur sur l'individu même; et l'erreur sur l'individu rend le mariage impossible... Au contraire, quand la Julie riche et noble que j'avais fait demander en mariage sans jamais l'avoir vue est remplacée, au moment de la célébration par une Julie pauvre et roturière, cette Julie qui se trouve là étant la seule dont je connaisse la personnalité, puisque je n'ai jamais vu l'autre, mon esprit ne peut donc se représenter qu'elle; et quand je prononce dans ce cas ces paroles : *Je consens à prendre pour femme Julie ici présente,* c'est bien sur cette Julie que tombent ma pensée comme mes paroles. Dans le premier cas, mes paroles semblaient exprimer une pensée, tandis qu'une pensée différente était dans mon esprit; le consentement était apparent, il n'était pas réel. Ici, au contraire, la Julie dont ma bouche parle est aussi la Julie que mon esprit se figure, et même la seule qu'il puisse se figurer; la pensée est d'accord avec les termes, et la volonté extérieurement indiquée à tous existe aussi intérieurement. Dans le premier cas, l'erreur empêcherait la réalité *des motifs* déterminant cette volonté. Je consens, parce que je crois cette Julie héritière d'un grand nom et de biens considérables, tandis qu'elle n'héritera de rien; mais enfin je consens. Or, pour savoir s'il y a mariage, il faut rechercher, non pourquoi on a consenti, mais seulement si l'on a consenti.

Toutes les hypothèses possibles se réduisent donc à deux cas : ou bien 1° je n'ai pas consenti, ce qui comprend l'erreur sur l'individu par substitution à une personne connue ; ou bien 2° j'ai consenti, mais par des causes non légitimes. Ceci comprend d'abord le consentement non libre, c'est-à-dire les cas de violence et de séduction ; puis la substitution à une personne inconnue, laquelle ne constitue qu'une erreur sur les qualités.

Donc, la substitution à une personne qu'on ne connaît pas ne peut jamais constituer qu'une erreur sur les qualités ; elle ne peut jamais être un cas de non-consentement. Et pour apprécier ici l'exemple, si souvent cité par les auteurs, du prince épousant la fille cadette d'un prince voisin, parce qu'il la prend pour sa fille aînée qu'il n'a jamais vue, il est clair qu'il n'y a pas là absence du consentement par erreur *sur l'individu*, mais seulement consentement vicieux par erreur sur *la qualité* de l'individu. Il épouse bien la femme qu'il croit épouser ; seulement il croit cette femme héritière de la principauté, et elle ne l'est pas ; l'erreur frappe sur la qualité d'héritier et non pas sur la femme. Pour rendre de suite la chose évidente, supposons que cette femme ait passé aux yeux du futur époux, non pas pour fille aînée, tandis qu'elle est fille cadette, mais pour fille unique, tandis qu'elle a un frère. Il est clair que l'erreur est tout à fait analogue, tout à fait équivalente, et qu'elle doit produire les mêmes effets juridiques. Or, dans cette dernière hypothèse, il est clair qu'il n'y a pas lieu de parler de non-consentement, de non-formation du contrat par erreur sur l'individu. Donc, on n'en peut pas parler non plus dans le cas de substitution de la fille cadette à la fille aînée, quand l'esprit ne connaît pas cette fille aînée.

En deux mots, pour qu'il y ait absence du consentement, malgré ces paroles par moi prononcées : *J'épouse la femme ici présente ;* il faut que la volonté apparente exprimée par ma bouche soit en contradiction avec la volonté réelle de mon esprit ; mais, pour que mon esprit ait une volonté autre que celle exprimée par ma bouche, il faut que mon esprit se représente un autre objet, une autre femme que celle qui est là ; or, mon esprit ne peut pas se représenter, comme différente de celle qui est là, une femme que je n'ai jamais vue.

La substitution à une personne inconnue ne devrait donc pas être confondue avec la substitution à une personne connue.

3° Enfin, c'est une nouvelle et troisième absurdité de parler de confirmation du mariage dans le cas d'erreur sur l'individu même. Puisque alors le mariage n'existe pas ; puisque, comme Pothier lui-même l'explique si bien, il n'y a *pas de consentement*, *pas de contrat*, comment donc pourrait-on dire, comme le fait Pothier (n° 309), que ce mariage devra être attaqué et annulé dans un certain délai ? Comment détruire ce qui n'existe pas ?... Comment Pothier peut-il dire qu'à défaut d'une action intentée dans le délai, le mariage sera *réhabilité ?* La réhabilitation est la remise au même état que devant ; or, comment voulez-vous remettre dans un état de validité le contrat qui a toujours été et qui est toujours dans le néant ?... Ce mariage pourrait tout au plus (et Pothier

finit par le reconnaître) *se former* par le consentement donné postérieurement après la découverte de l'erreur; mais, comme la formation de ce contrat n'est pas possible par un consentement exprimé arrière de l'officier civil, c'est une nouvelle déclaration devant cet officier, c'est-à-dire une nouvelle célébration qui serait nécessaire. L'exemple de Jacob et de Lia, cité par Pothier, n'a rien à faire ici. Que Lia se soit trouvée l'épouse de Jacob par la seule volonté que celui-ci joignit à la sienne, c'était excellent alors qu'il suffisait du seul consentement, exprimé n'importe comment et n'importe devant qui; mais on conçoit de reste que le fait se fût apprécié tout autrement sous notre législation française.

632. Voyons maintenant jusqu'à quel point était morale la législation dont nous venons de retracer les principes.

Pour toute substitution, même à une personne complétement inconnue, nullité. Pour erreur sur les qualités, sans substitution de personnes, jamais de nullité (excepté dans le seul cas où cette erreur tombait sur la liberté de la personne). Ainsi, un prince veut et croit épouser la fille d'un prince voisin; on lui fait épouser la fille d'un simple gentilhomme qui, elle, ainsi que son père, est fort innocente de la supercherie; ce mariage sera nul. Un jeune seigneur, débauché et ruiné, veut et croit épouser la riche veuve d'un de ses amis, on lui fait épouser une jeune villageoise qui ignore la ruse qui s'accomplit; le mariage sera nul. Maintenant, une jeune orpheline, douée de beaux sentiments, croit épouser un homme honorable, et elle découvre bientôt que cet homme est un forçat libéré qui l'a trompée par une machination infernale; le mariage restera valable (1). Dans le premier cas, l'époux cherchait un titre, il ne l'a pas trouvé; on vient à son secours. Dans le second, il cherchait de l'argent, il n'en a pas trouvé; on vient à son secours. Dans le dernier, une malheureuse jeune fille cherchait un homme d'honneur pour protéger son propre honneur, elle a trouvé l'infamie; cela ne vaut pas qu'on s'en occupe. Quelle moralité!

Et d'où venait donc une législation qui paraîtrait si bizarre aujourd'hui? Pourquoi l'erreur sur les qualités n'était-elle *jamais* une cause de nullité, quand il n'y avait pas de substitution; tandis que, quand il y avait substitution, elle l'était *toujours?* Deux causes qui aujourd'hui ont disparu toutes deux, avaient amené ce résultat : la fréquence des mariages par procureur, qui donnait la crainte sérieuse des substitutions de personnes; puis, le préjugé de la distinction des castes, qui faisait craindre les mésalliances pour les familles nobles, au moyen de ces substitutions.

Que l'habitude qu'avaient les grandes familles de se marier par pro-

---

(1) Jugé que l'ignorance où une femme aurait été, en contractant mariage avec un *forçat libéré*, de la condamnation de celui-ci, ne saurait être à elle seule une cause de nullité de mariage. Paris, 4 fév. 1860; Orléans, 6 juillet 1861; Cass. (ch. réunies), 24 avril 1862 (Dev., 61, 2, 241; *J. Pal.*, 62, 484). — Comparez Montpellier, 1er février 1866 (Dev., 66, 2, 325).

Contrà : Cass., 11 février 1861 (Dev., 61, 1, 241; *J. Pal.*, 61, 113).

cureur et avec des personnes inconnues, ait été la cause des règles adoptées sur des substitutions de personnes, c'est évident. Que ce fussent ensuite les mésalliances que l'on redoutât par-dessus tout, une circonstance le prouve assez ; c'est que l'erreur de qualité arrivée sans substitution, qui n'était pas, en général, une cause de nullité, le devenait aussi quand il s'agissait de la mésalliance extrême, c'est-à-dire du mariage avec une personne esclave.

Or, en 1804, alors que ni l'une ni l'autre de ces deux causes n'existait plus, rien n'empêchait de revenir à des idées logiques, à des règles rationnelles. Pour cela, que fallait-il dire ?

Nous avons vu plus haut que toutes les hypothèses qui peuvent se présenter relativement au consentement se réduisent à deux : 1° le défaut de consentement, qui comprend l'erreur sur l'individu, c'est-à-dire la substitution à une personne connue ; 2° le simple vice de ce consentement, qui comprend d'abord le défaut de liberté (soit par violence, soit par séduction), puis l'erreur sur les qualités se réalisant avec ou sans substitution.

Dans le premier cas, pas de mariage, et dès lors pas d'action en nullité à organiser ; dans le second, mariage annulable, et dès lors il faut indiquer par qui et dans quel délai l'action doit être intentée.

Eh bien, cette théorie si simple, c'est précisément celle des art. 146 d'une part, 180 et 181 d'autre part.

633. Loin donc que notre art. 180 soit l'application et la mise en exercice de l'art. 146, il prévoit au contraire un cas tout différent. Toutes les fois qu'il n'y a pas de consentement, soit par suite de folie, d'interdiction judiciaire ou de mort civile, soit (si le cas pouvait jamais se réaliser) par erreur sur l'individu au moyen d'une substitution à une personne connue ; pour tous ces cas, l'art. 146 déclare que, puisqu'il n'y a pas de consentement, il n'y a pas de mariage. Pour les cas, maintenant, où le consentement existe, mais se trouve vicié, vient la règle de l'art. 180, qui prévoit d'abord le défaut de liberté par son alinéa 1er, puis l'erreur sur les qualités de la personne par l'alinéa 2. C'est pour cela que ce second alinéa, au lieu de dire erreur *sur la personne,* comme faisait Pothier, ou mieux encore, erreur *sur l'individu,* comme le proposa positivement le tribunal de cassation pour exprimer plus clairement la même idée, a rejeté l'une et l'autre rédaction pour dire erreur DANS *la personne,* ce qui indique une erreur se réalisant avec une seule personne en jeu, et sans aller d'un individu à un autre.

Et en effet, si la loi s'occupait ici d'un cas de non-consentement par erreur *sur l'individu,* cas rentrant déjà dans la règle générale de l'article 146, notre alinéa 2 serait donc fait pour prévoir d'une manière toute spéciale un cas déjà prévu ailleurs. Or, quelle serait cette hypothèse tant à craindre et dont la loi s'occuperait avec tant de sollicitude ? Ce serait la substitution à une personne connue, c'est-à-dire un cas purement chimérique et dont la réalisation est complétement impossible, aujourd'hui qu'on ne se marie plus par procureur. Car enfin, la personne qu'on substitue devant l'officier public à celle que je voulais épouser aura

donc la même taille, la même figure, la même voix que l'autre? Elle aura donc le même nom et les mêmes prénoms; elle sera soumise, quant au mariage, à des parents du même degré et portant aussi les mêmes noms que ceux auxquels l'autre était soumise! car sans cela les prescriptions de l'art. 76 rendraient l'erreur impossible!... Et ce serait pour ce cas absurde, et qui d'ailleurs rentrerait toujours dans l'art. 146, que le législateur serait revenu écrire une disposition nouvelle dans notre art. 180! C'est par trop insoutenable.

Mais ce n'est pas tout encore, et quand la réunion de toutes ces chimères aurait paru possible au législateur, il n'aurait pas encore écrit l'art. 181 tel qu'il est. En effet, une erreur comme celle dont il s'agit ici, en supposant qu'elle pût exister au moment de la célébration et et dans les premiers moments qui la suivront, serait toujours découverte à un moment quelconque du jour de la célébration, au dîner, au bal, au coucher. L'art. 181 aurait donc fait courir le délai de six mois à partir du mariage même, et non pas, comme il le fait, à partir du jour *où l'erreur a été reconnue,* ce qui suppose une erreur qui peut n'être découverte que plus ou moins longtemps après le mariage. Donc, par ces motifs encore, s'il s'agit d'une substitution, ce ne peut être qu'une substitution à une personne inconnue, et par conséquent, comme nous l'avons démontré plus haut, un cas d'erreur sur les qualités et non sur l'individu.

Tout se réunit donc pour prouver que dans nos deux articles il n'est question et ne peut être question que d'une erreur tombant *sur les qualités* de la personne, soit que cette erreur ait lieu sans aucune substitution de personnes, soit qu'elle résulte d'une substitution à une personne inconnue.

Et comment en eût-il été autrement? Si notre article avait été fait avec un autre sens et que son second alinéa eût été relatif à l'erreur sur l'individu, notre Code, au lieu de corriger les conséquences immorales de l'ancien droit, les aurait donc reproduites et aggravées encore! En effet, dans l'ancien droit, il y avait encore quelques causes de nullité en dehors de l'erreur sur l'individu. Ainsi, le mariage était nul pour erreur sur la qualité quand on avait épousé comme libre une personne esclave; il l'était encore, même sans aucune allégation d'erreur, pour l'impuissance naturelle ou accidentelle d'un des époux (Pothier, n[os] 96, 97 et 98); il l'était également quand l'un des époux était lié par des vœux solennels de religion (*ibid.,* n° 108). Or, aujourd'hui ces causes mêmes de nullité n'existeraient plus, et si, par exemple, une femme catholique épousait par erreur un prêtre, la loi ne lui permettrait pas de faire casser son mariage et lui commanderait, malgré le cri de sa conscience, de vivre dans un état perpétuel de sacrilége. Ce serait beau, n'est-ce pas? (1)

634. Il faut donc être bien fortement imbu d'un passé avec lequel

(1) Décidé au contraire que l'erreur de la femme qui épouse un prêtre sans savoir qu'il est revêtu de cette qualité doit faire annuler son mariage. Trib. d'Agen, 6 juillet 1860 (Dev., 60, 2, 353).

notre Code devait rompre complétement, pour professer, comme le font les divers auteurs, que notre article ne fait que reproduire l'ancienne théorie de l'erreur sur l'individu... Pourtant, pour être juste, il faut dire que ces auteurs n'ont pas de système bien fixe sur la matière qui nous occupe, et qu'on les voit aller et venir d'une idée à l'idée contraire, sans présenter jamais un ensemble de principes arrêtés. C'est ainsi que Delvincourt, tout en ne reconnaissant comme cause de nullité que l'erreur sur l'individu, approuve cependant un arrêt de Colmar qui a cassé le mariage qu'une femme catholique avait contracté par erreur avec un moine profès. C'est ainsi également que M. Duranton (II, 66), tout en ne voyant dans notre article que l'erreur sur l'individu, approuve aussi ce même arrêt et donne de nouvelles raisons pour le justifier.

Au milieu de cette incohérence d'idées, nous sommes heureux de rencontrer un auteur qui a su donner, sur cette matière du consentement au mariage, une théorie généralement logique : M. Zachariæ (III, p. 210, 211, notes 2 et 5). Il est seulement fâcheux que, faute d'avoir fait la distinction entre la substitution à une personne connue et celle à une personne inconnue (et quelquefois même imaginaire), cet auteur (p. 260, 261, notes 7 à 10) soit arrivé à heurter ses propres principes et à retomber sur un point dans les contradictions de l'ancien droit (1).

635. Ainsi, et pour nous résumer : les art. 180 et 181 s'occupent de l'erreur sur les qualités, non de l'erreur sur l'identité ; on en trouve, dans les textes mêmes, cinq preuves pour une : — 1° l'erreur sur l'identité serait un cas de non-consentement, un cas dès lors où il n'y aurait pas mariage (art. 146) ; or, les art. 180, 181, comme tous les autres articles relatifs à la demande en nullité, ne s'occupent que de mariages existants et susceptibles d'être cassés ; — 2° si le second alinéa de l'art. 180 s'occupait de l'erreur sur l'identité, c'est-à-dire d'une erreur entraînant absence de consentement, ce serait donc aussi du défaut de consentement (aussi bien que du consentement non libre) que s'occuperait l'alinéa premier ; or, il n'en est pas ainsi, puisque cet alinéa parle seulement de l'époux *dont le consentement n'a pas été libre ;* — 3° s'il

---

(1) M. Zachariæ admet aussi le prétendu principe que le mariage ne peut être annulé que pour erreur sur la personne elle-même, et jamais pour erreur sur les qualités. Mais il finit par dire, sans voir que son principe est renversé par là, qu'il suffit d'une erreur sur la personne *civile* et malgré l'identité constante d'ailleurs de l'individu, de celle, par exemple, qui (dans un arrêt de Bourges cité plus bas) avait fait prendre un vil aventurier pour un baron italien. Mais avons-nous besoin de rappeler, ce que nous avons établi plus haut, que cette décision est complétement inadmissible chez nous ? Avons-nous besoin de dire que ce qu'on veut appeler ainsi erreur *sur la personne* CIVILE ou SOCIALE n'est rien autre chose qu'une erreur SUR LES QUALITÉS CIVILES ou SOCIALES *de la personne ?* N'est-il pas évident que la demoiselle Beauger de Bourges, quand elle avait épousé le réfugié italien en le croyant baron, colonel, homme d'honneur et de distinction, tandis qu'il n'était qu'un misérable gueux et un vil scélérat, ne s'était trompée en définitive que sur les *qualités* de l'homme ? N'est-il pas évident que son erreur était du même genre que celle de la jeune personne qui, en 1838, à Paris (*Gaz. des trib.* du 16 juin), avait épousé un individu qui s'était fait passer pour un homme très-honorable quand il n'était qu'un forçat, cas que M. Zachariæ cependant (*note* 10) prétend devoir être décidé autrement ?

s'agissait de l'erreur sur l'identité, cette erreur empêchant la formation du mariage, aucun laps de temps ne pourrait faire qu'il y eût mariage; or, l'art. 181 déclare que le mariage dont il s'agit sera valable et inattaquable après six mois; — 4° s'il s'agissait d'une erreur sur l'identité, elle serait toujours reconnue le jour même du mariage; or, l'art. 180 suppose que l'erreur dont il s'occupe pourra fort bien n'être reconnue qu'à toute autre époque; — 5° enfin, l'ensemble des énonciations exigées par l'art. 76, pour la rédaction de l'acte de mariage, rend impossible et complétement chimérique une erreur sur l'identité.

IV. — 636. Après les explications détaillées dans lesquelles nous venons d'entrer, cette question de l'erreur quant au mariage et du vrai sens de notre art. 180, devrait paraître suffisamment traitée, et pourtant il n'en est rien. Il reste ici à faire une appréciation de faits qui présente autant d'importance, sinon plus, que la théorie même du droit, de telle sorte que ce débat, qui, sous le rapport juridique et philosophique, est en effet suffisamment éclairci, renaît et se retrouve intact sur le terrain de l'histoire. Nous avons dit que la plupart des rédacteurs du Code étaient imbus, sur la question qui nous occupe, des idées illogiques de l'ancienne jurisprudence, idées qui se reproduisirent constamment lors de la discussion de notre titre au Conseil d'État. C'est cette circonstance qui ressuscite la contestation et qui nous force, après la discussion que nous venons de terminer, d'en reprendre une autre, qui heureusement sera plus brève.

« Vos théories, pourrait-on dire, sont peut-être très-logiques, mais elles n'ont pas été admises; le sens que vous donnez à la loi, et qu'elle paraît en effet présenter, peut bien être celui qu'on eût dû lui donner, mais ce n'est pas celui qu'elle a reçu; votre pensée n'a pas été la pensée des législateurs. Lisez les longues discussions du Conseil d'État, et vous verrez partout les rédacteurs présenter et développer une théorie toute contraire à la vôtre. Vous y verrez que les art. 180 et 181, qui, selon vous, prévoient un cas tout différent de l'art. 146, n'étaient pour eux que le développement et la mise en exercice de ce même art. 146. Vous y verrez que ces articles sont relatifs tous trois au défaut de consentement aussi bien qu'au consentement vicieux, lesquels sont mis sur la même ligne et produisent un mariage seulement annulable et qui peut être ratifié. Ceci est un fait, et dès lors, si juste que soit votre critique, elle reste impuissante pour la loi aujourd'hui écrite et n'aurait de valeur que pour les lois à faire. »

637. S'il en était ainsi, si ces assertions étaient fondées, la conclusion serait juste. Mais, heureusement, les choses ne se sont point ainsi passées. Les étranges incohérences et les bizarreries immorales de l'ancien droit étaient, à la vérité, dans *presque toutes* les têtes, mais non pas dans *toutes*. Au milieu de ces vieux jurisconsultes pleins de science et riches de souvenirs, mais qui (nous sommes bien forcé de le dire) obéissaient à l'autorité de la routine, plus souvent qu'à celle de la logique, on voit un homme qui, tout jeune encore, s'élève au-dessus d'eux de toute la hauteur du génie; un homme que sa raison

supérieure, et aussi son heureuse ignorance d'une législation désormais usée, affranchissaient de cette routine funeste; et qui, saisissant avec sa vue d'aigle les théories droites, les idées justes, les hautes conceptions qui échappaient souvent aux autres, usait de sa précieuse influence pour les faire pénétrer dans les textes, même contre le gré de ces vieux légistes, qui se disaient avec étonnement : « Mais cet homme-là est à lui seul la législation incarnée. » (*Paroles du consul Cambacérès.*)

Napoléon, âgé alors de trente et un ans seulement, exerçait cependant sur les conseillers une autorité beaucoup plus grande qu'on ne pourrait le croire. C'est lui qui, dans le titre *des Actes de l'état civil,* avait fait admettre, malgré le Conseil, le principe, honni tout d'abord mais bientôt admiré, que « là où est le drapeau français, là est la France. » C'est lui aussi qui, lors de la discussion de notre titre, parvint à faire écrire dans ses articles les idées que nous avons développées ci-dessus. On a voulu nier ce résultat de la précieuse influence de Napoléon, et cette influence elle-même; mais les faits parlent ici trop haut (1).

---

(1) Un professeur de la Faculté de Strasbourg, M. Thiériet, nous a surtout vivement combattu à cet égard dans un article publié par la *Rev. de législat.* (t. 1er de 1847, p. 375). « Qu'était-ce, après tout, que Napoléon? nous dit en substance M. Thiériet. Un officier d'artillerie, élevé à l'école militaire et dans les camps... Sans doute, la hauteur de son génie, *et aussi les leçons qu'il avait soin de se faire donner par Tronchet,* lui permettaient parfois de saisir, comme au vol, des aperçus justes; mais cela ne suffit pas pour être jurisconsulte... Les éloges qu'on lui a donnés à cet égard sont-ils autre chose qu'un de ces actes d'adulation dont on l'a si souvent enivré?... En définitive et sur le point qui nous occupe, l'opinion du Premier Consul n'a point fait fortune, elle n'a point prévalu, ses idées n'ont point prévalu dans le Code. »

Il est vrai qu'à deux ans d'intervalle et après l'élection du 18 décembre 1848, M. Thiériet a complétement changé d'opinion sur l'importance du concours donné par Napoléon à la confection du Code. Dans un nouvel article publié par la même *Revue* (t. II de 1849, p. 279), M. Thiériet nous parle de l'esprit d'aveugle réaction qui, ne pouvant aller jusqu'à abolir le Code, lui a du moins retiré, après la chute de l'empire, son juste et véritable nom de *Code Napoléon.* « Aujourd'hui que le temps a marché, nous dit-il, emportant avec lui les passions et les préjugés..., que le grand nom de Napoléon appartient désormais à l'histoire..., que son neveu vient d'être placé à la tête de la République..., on n'empêchera pas la France de se souvenir que c'est à Napoléon qu'elle doit ce Code... Ecrire en tête du Code le nom de celui dont il est le plus beau titre de gloire, de celui qui prit à sa rédaction une part si réelle et si active, en payant de sa personne au sein du Conseil d'Etat, comme il le faisait sur le champ de bataille, ce ne serait qu'appliquer la grande maxime *suum cuique tribuere,* rendre à chacun le sien. » En conséquence, et comme c'est par une simple ordonnance, au dire de M. Thiériet, que le Code a été dépouillé de son nom, le professeur conclut que le Président de la République pourrait et devrait le lui restituer par un simple arrêté.

Si nous avions à nous prononcer sur ces deux jugements, nous dirions qu'on ne peut accepter ni l'un ni l'autre; que s'il est inexact de présenter Napoléon ainsi que le faisait l'article de 1847, comme ne saisissant quelques aperçus au vol que grâce aux leçons de M. Tronchet, et n'ayant pu, dès lors, exercer aucune influence sérieuse sur la rédaction du Code, il ne l'est pas moins de prétendre, comme fait l'article de 1849, que ce Code a surtout été son œuvre; que si le Premier Consul a pris à la confection du Code une part assez réelle pour qu'on puisse le considérer comme l'un de ses auteurs, il n'en est certes pas l'auteur principal; que, dès lors, la maxime *cuique suum* ne demande en aucune façon qu'on lui donne son nom, et que M. Thiériet a tort de n'abandonner sa première exagération que pour l'exagération inverse; nous dirions enfin que la dénomination de *Code civil* n'a été, après tout, que la restitution faite à ce Code de son nom primitif, de son véritable nom, et que cette restitution a été faite,

Pendant que Portalis, Tronchet, Maleville, Berlier, Cambacérès, Réal et les autres reproduisent éternellement les idées fausses critiquées ci-dessus, par exemple celle *qu'un mariage non existant pour défaut de consentement se ratifie s'il n'est pas attaqué*, celle encore *qu'il n'y a pas consentement quand il y a violence ou séduction*, Napoléon, entraîné tout d'abord par cette manière générale de voir (Fenet, t. IX, p. 15), s'en affranchit bientôt, et c'est pour n'y revenir jamais. A partir du milieu même de la première séance tenue sur ce titre (5 vend. an 10, 27 sept. 1801), on le voit reproduire avec la parole brève, saccadée, énergique et saisissante qui lui était propre, et quelquefois avec humeur de n'être pas mieux compris, le grand principe de la différence entre le mariage non existant pour défaut de consentement et le mariage annulable pour consentement vicieux; la réalité du consentement dans les cas de violence, de séduction ou d'erreur par substitution à une personne *qu'on ne connaît pas*, et dès lors existence du mariage dans ses différents cas, sauf annulation, s'il y a lieu; l'immoralité de la faculté absolue d'annuler pour cette substitution à une personne inconnue; la chimère, l'impossibilité complète d'une substitution à une personne connue; la source du droit ancien dans le préjugé de la distinction des castes, dans la crainte des mésalliances pour les familles riches et nobles et dans l'habitude de se marier par procureur en un mot, toutes les idées, précisément, que nous avons essayé nous-même de faire comprendre plus haut.

Ainsi, dès la première séance, M. Tronchet, embarrassé sur la rédaction et la place de l'art. 146, propose, comme chose toute simple, de le reporter dans notre chap. IV, *des Demandes en nullité*. « *Vous ne pouvez pas*, s'écrie le Premier Consul, *ce serait* MÊLER LES CAS OU IL N'Y A PAS MARIAGE AVEC LES CAS OU LE MARIAGE PEUT ÊTRE CASSÉ (*ibid.*, p. 46). Et l'art. 146 *fut mis dans un autre chapitre*.

Plus loin, comme on discutait un article de ce même chap. IV qui organisait l'action en nullité contre le mariage contracté par le mort civilement : « Votre article est absurde, dit Napoléon; il suppose un mariage quelconque de la part du mort civilement. Ce mariage subsisterait donc s'il n'était pas attaqué! Ne parlez pas de ces sortes de mariages » (*ibid.*, p. 50). Et cet article fut *supprimé*.

Dans la séance du 24 frimaire (15 déc.), les rédacteurs revenaient avec leur art. 146 rédigé sous l'influence de leurs idées fausses et présentant ces deux propositions, la première juste, la seconde absurde : *Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a pas de consentement. — Il n'y a pas de consentement, quand il y a violence ou erreur sur la personne.* Le Premier Consul leur dit : « On avait distingué deux cas, dans la

---

non point par simple ordonnance en 1816, mais par l'art. 68 de la Charte constitutionnelle de 1814.

Mais là n'est pas la question entre M. Thiériet et nous. Cette question est de savoir si le Premier Consul a, oui ou non, exercé son influence sur la rédaction de notre chapitre; si, oui ou non, ses idées y ont pénétré, si c'est par hasard ou à dessein que nos articles présentent leur rédaction actuelle. Or ce point sera aussi clairement établi que possible dans ce qui va suivre.

première discussion ; votre rédaction ne maintient pas cette distinction : 1° A défaut de consentement, il n'y a pas de mariage; 2° si la femme, ayant dit oui, prétend avoir été violentée, IL Y A MARIAGE, MAIS IL PEUT ÊTRE ANNULÉ. La même distinction existe pour l'erreur de personne ; si je voulais épouser une blonde aux yeux noirs et qu'on m'ait donné une brune aux yeux bleus, il n'y a pas de mariage; s'il n'y a eu erreur que sur la qualité, IL Y A MARIAGE, MAIS IL PEUT ÊTRE NUL. — Cependant, dit le conseiller Réal, j'ai cru rendre les idées du Premier Consul : Il n'y a pas consentement quand il y a violence. — Si fait, répond Napoléon, il y a consentement ; pour consentir, il suffit d'une minute ; seulement le consentement n'est pas libre » (p. 99). Et la seconde proposition *fut retranchée*.

Dans la même séance et à propos du prétendu défaut de consentement dans la substitution à une personne qu'on n'a pas vue, il s'écrie ; « Vous n'avez pas même l'idée de l'institution du mariage ; à présent qu'il n'y a plus de castes, c'est la plus imposante devant la nature humaine... Votre article est immoral ; on sifflerait un drame qui serait contraire à mon système... Vous traitez cela en hommes d'affaires. La dot n'est que l'accessoire : l'union des corps, l'échange des âmes, voici le principal... Tout votre système a pris naissance quand on se mariait par procuration : à présent on se marie corps à corps (p. 99 et suiv.). » Et par suite de cette critique, le texte proposé *fut rejeté*.

Plus loin, dans la discussion du titre *du Divorce*, Bonaparte répétait aux conseillers : « Rappelez-vous ce que vous avez dit sur les nullités. « *L'erreur de qualités*, que vous appelez *erreur de personne*, permet de FAIRE ANNULER le mariage. » (*Ibid.*, 261.)

Nous nous abstiendrons de tout commentaire ; ceci n'en demande pas. On voit suffisamment si c'est par hasard que les cas de l'art. 146 n'ont point été *mêlés* avec les cas des art. 180 et 181 ; si c'est par hasard qu'aucun cas de mariage non existant n'a été mis dans notre chapitre ; si, oui ou non, les idées du Premier Consul ont prévalu ; s'il est possible de soutenir que c'est pour l'erreur *sur l'individu même* c'est-à-dire pour un cas de *non-consentement*, qu'a été fait le deuxième alinéa de notre article ; et il reste démontré que non-seulement ce deuxième alinéa prévoit l'erreur sur les qualités, mais qu'il ne prévoit qu'elle, et ne pouvait prévoir qu'elle (1).

V. — 638. Nous venons d'établir que l'erreur *dans la personne*, c'est-à-dire sur les qualités de la personne, laquelle n'était autrefois une cause de nullité que par exception et dans le cas où j'aurais épousé une personne esclave la croyant libre, l'est aujourd'hui en principe et d'une manière absolue.

Mais quelles seront les limites de cette règle? La nullité devra-t-elle être prononcée pour toute erreur sur les qualités ayant une cer-

---

(1) M. Demolombe (III, n°s 251-253, p. 398-406) paraît adopter ici pleinement nos idées, et trouve (p. 403-405) que nous avons bien démontré la contradiction et l'inadmissibilité des règles de l'ancien droit reproduites en partie par M. Zachariæ.

taine importance?... Évidemment non, et si j'avais épousé une personne que je croyais avoir une science et un talent qu'elle n'a pas, jouir d'une belle fortune, tandis qu'elle n'a rien, être d'une haute noblesse, tandis qu'elle est roturière, ces circonstances, dont la connaissance aurait suffi probablement pour m'empêcher de contracter mon mariage, ne suffiraient pas cependant pour le faire annuler. Pour briser un contrat aussi sacré que le mariage, il faut une erreur dont l'objet soit d'abord profondément grave, et qui de plus réside en l'individu même. Ainsi, l'impuissance certaine et telle qu'elle s'oppose à la consommation même du mariage, la prostitution publique d'une fille qu'on croyait pure, un vœu solennel de continence de la personne, alors que l'autre conjoint est catholique, l'état de forçat libéré de l'homme qu'on a cru honorable, seraient de justes causes d'annulation (1).

Il pourrait également y avoir, selon les cas, cause suffisante d'annulation dans un fait qui s'est déjà présenté plus d'une fois, mais dont l'appréciation n'a pas encore été portée, à notre connaissance, du moins, devant les tribunaux. Nous voulons parler du refus de l'un des époux de procéder à la célébration religieuse du mariage. Ainsi, quand une jeune personne, animée de sentiments religieux et attachée aux principes catholiques, accepte la main d'un homme qui s'est présenté à elle comme professant les mêmes principes; mais qu'après la célébration civile, l'époux démentant ses prétendus principes et le caractère qu'il avait montré jusque-là, refuse de faire bénir son union par l'Église, et que la jeune femme, se refusant à une cohabitation qui serait à ses yeux un crime, demande l'annulation du mariage pour erreur sur la personne qu'elle a épousée, cette annulation pourrait bien être prononcée. D'un côté, en effet, il y a ici erreur sur une qualité principale de la personne, puisqu'on a cru et voulu épouser un homme ayant au moins quelques sentiments religieux, tandis qu'on a un homme qui ne se montre pas seulement indifférent, mais hostile, et qui pousse l'impiété jusqu'à ne pas vouloir se prêter, même par condescendance pour sa jeune épouse, à l'accomplissement d'un acte religieux qu'il sait être indispensable aux yeux de celle-ci. D'un autre côté, cette erreur est de la plus haute gravité pour la femme, par ses conséquences, puisqu'elle aurait pour résultat de condamner cette femme à vivre dans un état que sa conscience lui dirait être un perpétuel concubinage. Le mariage serait donc annulable en pareil cas, comme le décident M. Bressolles, professeur à la Faculté de Toulouse, dans une dissertation qu'il a publiée sur cette question, et M. Delpech, doyen de la même Faculté, dont le premier rapporte l'opinion (*Rev. de législat.*, t. II de 1846, p. 149-158 (2). Qu'on remarque bien, au surplus, que nous ne déclarons pas ce mariage *non avenu* et *inexistant* pour inac-

(1) Jugé que l'absence complète des organes qui caractérisent le sexe est une cause de nullité du mariage. Montpellier, 8 mai 1872 (Dev., 72, 2, 272). — Voy. toutefois Nîmes, 29 nov. 1869 (Dev., 70, 2, 78).

(2) *Contrà :* Demolombe (t. IV, n° 390); Aubry et Rau (t. IV, § 451 *bis*); Thiériet (*Rev. de législ.*, 1846, t. III, p. 161, et 1847, t. I, p. 379).

complissement d'une *condition* tacitement imposée (car il ne peut pas y avoir de mariage *conditionnel*), mais seulement *annulable* et devant être cassé pour *erreur dans la personne*.

Du reste, on comprend que les circonstances diverses de chaque affaire devront exercer une grande influence sur la décision. Ainsi, la prostitution de la femme et l'état de forçat du mari pourraient n'être plus des causes suffisantes d'annulation, si le conjoint n'avait pas lui-même une grande moralité. Il en serait de même dans le second cas, si les circonstances du fait qui a modifié la condamnation montraient un homme plutôt malheureux que scélérat. Ainsi encore, dans le cas de refus de célébration religieuse, il n'y aurait guère lieu à l'annulation, si la femme trompée avait consenti à la consommation du mariage. Tout est laissé ici à l'appréciation des magistrats (1).

L'annulation du mariage pour erreur sur les qualités a été prononcée par l'arrêt déjà cité de Colmar, du 6 décembre 1811, vu l'état de moine profès du mari; puis, par un arrêt de Bourges, du 6 août 1827, contre un vil aventurier qui s'était fait passer pour baron italien par la fabrication de faux papiers.

VI. — 639. Nous avons indiqué avec la loi deux causes d'annulation du mariage : 1° le défaut de liberté dans le consentement; 2° l'erreur sur les qualités principales de la personne. Faut-il, conformément à l'art. 1109, admettre aussi le dol comme troisième cause d'annulation?

On entend par *dol* des manœuvres frauduleuses pratiquées pour déterminer une personne, en la trompant, à former un contrat qui lui est préjudiciable. Dans les contrats ordinaires, le dol produit quelquefois la nullité; mais ce n'est jamais qu'indirectement et dans un cas tout particulier. En effet, de trois choses l'une; ou bien 1° le dol n'a pas réussi à tromper la personne; il n'y a pas eu d'erreur, ou du moins l'erreur a porté sur des circonstances si peu importantes, que sans elle la personne aurait également contracté; ou bien 2° le dol a engendré dans l'esprit de la personne une erreur portant sur les qualités essentielles de la chose, sur la *substance* même de cette chose, pour parler le langage juridique (car *substance* n'a pas en droit le même sens qu'en physique et en philosophie, où il est pris par opposition aux *modes* et pour signifier l'être intime qui supporte ces modes; SUBSTANTIA *quod* STAT SUB *modis;* en droit, au contraire, il exprime seulement l'ensemble des qualités qui rendent la chose propre à ce à quoi elle est destinée); ou bien, enfin, 3° l'erreur produite, sans tomber sur la substance même de la chose, est cependant tellement grave, que sans elle le contrat n'aurait pas été formé.

---

(1) La résolution manifestée par l'un des conjoints, au jour du mariage, de ne pas remplir ses devoirs d'époux, n'a pas pour effet d'entacher le consentement de l'autre d'une erreur sur la personne de son conjoint, entraînant la nullité du mariage. Cass., 9 février 1863 (Dev., 64, 1, 45; *J. Pal.*, 64, 263).

L'erreur fondée sur ce qu'un individu croyant épouser une fille légitime a épousé une fille naturelle, n'est pas une erreur dans la personne civile de nature à faire prononcer la nullité du mariage. Bordeaux, 21 mars 1866 (Dev., 66, 2, 219).

Dans le premier cas, quand le contrat se serait légalement formé sans qu'aucune manœuvre eût été employée, le dol ne produit aucun effet. Dans le second, c'est-à-dire quand le dol a produit l'erreur sur la substance de la chose, le contrat peut être annulé; mais ce n'est pas à cause du dol; c'est à cause de l'erreur sur la substance, laquelle aurait également motivé l'annulation, alors même qu'il n'y aurait eu aucun dol (art. 1110). Dans le troisième cas, enfin, quand l'erreur engendrée par le dol, sans tomber sur la substance de la chose, est cependant assez importante pour que sans elle le contrat n'eût pas eu lieu, alors le dol peut devenir, au moyen d'une circonstance spéciale, un principe indirect d'annulation. En effet, le dol n'ayant pas produit alors l'erreur sur la substance et la loi n'admettant que celle-là comme cause de nullité (art. 1110), le contrat ne se trouve donc pas atteint du vice qui en motive l'annulation absolue; seulement, la personne se trouvant lésée, blessée dans ses intérêts (puisqu'on suppose que, sans l'erreur produite, elle n'aurait pas contracté), cette personne doit être indemnisée, et le dol fait ainsi naître une action en dommages-intérêts contre celui qui l'a pratiqué. Mais, maintenant, si c'est précisément mon cocontractant qui est l'auteur du dol, cette circonstance offre un moyen d'obtenir les dommages-intérêts les plus exacts qu'il soit possible d'imaginer, des dommages-intérêts sur l'appréciation desquels il n'y aura pas lieu de disputer : c'est de remettre les choses au même état que devant, en annulant ce qui a été fait.

C'est ainsi que le dol peut devenir un motif d'annulation, sous la double condition d'avoir été la cause efficiente du contrat, et d'être emané de celui avec qui on contractait. Telle est, en effet, la théorie du Code, dans l'art. 1116.

Pour exprimer cette idée, que le dol ne devient une cause d'annulation qu'indirectement et quand il émane de la personne même du cocontractant, tandis que la violence et l'erreur sur la substance sont des vices absolus affectant l'essence de la convention, on dit que le dol est seulement *in personam,* et qu'au contraire l'erreur et la violence sont *in rem*. Ceci signifie que, comme cause de nullité, ces dernières tombent sur le contrat même, *in rem;* le dol sur la personne seulement qui a contracté *in personam*.

640. Au moyen de ces explications, notre question de savoir si le dol peut annuler le mariage dans le cas où il annule les autres contrats, va recevoir une solution facile : la négative doit paraître certaine à tous. En effet, puisque l'annulation ne peut résulter du dol qu'à titre de dommages-intérêts et comme moyen d'obtenir une indemnité d'une rigoureuse exactitude, cette annulation ne peut donc avoir lieu que dans les contrats dont l'objet est susceptible de compensations, de réparations matérielles. C'est-à-dire que l'annulation pour dol n'est possible que dans les contrats où sont en jeu des intérêts pécuniaires, des valeurs que l'argent peut représenter. Or, il n'en saurait être ainsi dans le mariage, où l'homme lui-même est l'objet du contrat, où par conséquent, toute compensation, toute indemnité, toute remise des choses

au même état que devant, est impossible. Une considération bien simple suffit pour rendre la chose évidente. Dans les autres contrats, si le dol sans lequel je n'aurais pas contracté émane d'un tiers, que fera-t-on? Le contrat sera maintenu, et le tiers me dédommagera. Eh bien! essayez donc d'appliquer cette idée au mariage! J'ai épousé Marie à cause du dol pratiqué envers moi par Pierre; quelle indemnité Pierre pourrait-il me payer pour le préjudice moral que je subis? Est-ce que la nature des choses ne rend pas impossible toute espèce de dédommagement?... Mais si les dommages-intérêts sont impossibles, il ne peut donc pas être question d'une annulation qui, elle-même, n'est possible qu'à titre de dommages-intérêts.

C'est donc à dessein, et par une consécration raisonnée des principes de la morale et du droit, que notre article se tait sur le dol. Les causes d'annulation de mariage devaient être et sont différentes des causes d'annulation des contrats ordinaires. Des trois causes générales d'annulation, deux (le *défaut de liberté* et le *dol*) sont changées ici; une seule (l'*erreur*) produit ses effets ordinaires; 1° la nullité pour défaut de liberté est élargie, car, tandis qu'elle n'est admise ailleurs que quand la liberté a été détruite par la violence, elle l'est ici pour la suppression de la liberté pour toute cause immorale (art. 180, 1109 et 1111); 2° la nullité pour le dol est supprimée (art. 180, 1109 et 1116); 3° l'erreur engendre l'annulation, ici comme partout, quand elle tombe sur la substance, c'est-à-dire sur les qualités principales de la chose (art. 180, 1109 et 1110). Quant à la *lésion* (lésion d'intérêts purement pécuniaires), laquelle devient aussi, en certains cas, une cause de nullité (art. 1118), il est clair qu'elle ne pouvait plus figurer parmi les causes d'annulation d'un mariage.

641. Du reste, on conçoit parfaitement que si le dol, même émanant de l'autre partie, ne peut pas être une cause de nullité du mariage, il peut très-bien devenir un des éléments de l'appréciation qui ferait annuler le mariage pour erreur sur les qualités. C'est ainsi que l'un des motifs qui ont déterminé la Cour de Bourges à casser le mariage du faux baron de Ferri, a été qu'il s'était fait faussaire pour usurper ce titre. La Cour aurait, sans doute, maintenu le mariage, si le prétendu baron avait été un homme honnête, et qu'il eût passé, à son insu, pour un personnage distingué, alors qu'il appartenait aux dernières classes de la société. Le Premier Consul disait également au Conseil d'État, que le mariage contracté avec une aventurière qu'on croyait une femme distinguée ne pourrait pas être annulé, *à moins qu'elle ne fût elle-même auteur ou complice de la fraude* (Fenet, t. IX, p. 103).

VII. — 642. Le droit accordé, par notre article, à l'époux trompé ou non libre, de faire annuler son mariage, n'appartient qu'à cet époux et ne passerait pas à ses héritiers.

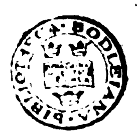
Ce n'est pas, comme l'ont dit plusieurs auteurs, parce que l'époux seul peut savoir s'il a été trompé ou dénué de liberté; car cette raison s'appliquerait également aux autres contrats, et dans ceux-ci l'action

passe aux héritiers, à la charge par eux, bien entendu, de donner la preuve de l'erreur ou du défaut de liberté, ce qui certainement n'est pas toujours impossible. Ce n'est pas non plus parce qu'après la mort de l'époux on doit présumer ou supposer qu'il ne voulait pas intenter l'action; car, ici encore, la présomption ou la supposition se présenterait avec la même force pour les contrats ordinaires, dans lesquels, cependant, nous le répétons, l'action passe aux héritiers. Cette supposition pourrait même avoir beaucoup plus de force dans les contrats ordinaires, puisqu'il est possible pour eux qu'au moment où l'action passe aux héritiers par la mort du contractant, celui-ci ait gardé le silence pendant neuf ans onze mois, tandis qu'ici il ne l'aurait gardé au plus que cinq mois et quelques jours. Enfin, l'époux peut mourir avant la découverte de l'erreur ou la recouvrance de sa liberté, et alors il n'y a plus lieu à aucune présomption; et cependant l'incapacité, pour les héritiers, d'intenter l'action n'en existe pas moins.

L'unique raison de cette restriction est que le législateur a entendu que l'action en nullité ne pourrait appartenir qu'à ceux à qui il l'accorderait expressément. On conçoit cette idée dans un contrat que tout un abîme sépare des autres contrats. Lors de la discussion, on s'expliqua sur ce point; quelques conseillers voulaient que l'action passât aux héritiers quels qu'ils fussent; d'autres demandaient qu'elle fût du moins accordée aux héritiers ascéndants, et l'article du projet, en effet, était rédigé dans ce sens. Mais tout ceci fut rejeté, et l'article, comme on le voit, déclare à deux reprises que le mariage *ne peut* être attaqué *que* par l'époux. Pourrait-il, dès lors, rester place au doute?

Il faut donc tenir, et tenir rigoureusement, que l'époux seul peut intenter l'action et que toujours sa mort éteindra le droit, alors même qu'il mourrait pendant une instance qu'il aurait ouverte. En vain on invoquerait la vieille maxime romaine : *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, judicio semel inclusæ, salvæ manent;* toutes les règles romaines réunies ne pourraient rien en face de la volonté expresse du législateur, qui déclare que, dans la circonstance spéciale dont il s'agit ici, l'époux lui-même est le seul au profit duquel il permette de briser le contrat sacré qui existe. Qui vous a dit que cet époux lui-même ne se serait pas laissé fléchir et n'aurait pas renoncé à son action?... Quoi qu'il en soit, il est mort; son intérêt, qui était sacré, lui aussi, ne parle plus, tous autres doivent se taire... La maxime, d'ailleurs, comme on va le voir bientôt, n'a pas le sens qu'on voudrait lui donner ici.

643. M. Duranton, qui, au n° 270 du tome II, présente une longue discussion tendant à prouver que le droit d'intenter la nullité *doit toujours passer aux héritiers*, mais qui en tire pourtant cette conclusion qu'IL FAUT TENIR QUE L'ÉPOUX SEUL A L'ACTION, M. Duranton, disons-nous, d'accord avec nous sur le principe, veut (n° 271) qu'on y fasse exception dans le cas de la règle que nous venons de citer. Il fonde sa décision, qui est aussi celle de M. Zachariæ (III, p. 262), sur la prétendue analogie des art. 330 et 957. Or, comparons ces deux articles à notre art. 180, et voyons quel rapport existe entre ceux-ci et celui-là.



Dans les art. 328, 329 et 330, la loi organise l'action par laquelle il s'agit de réclamer l'état d'un enfant, et après avoir dit que, pour l'enfant, l'action dure toujours, qu'elle est imprescriptible (art. 328), elle accorde aussi cette action aux héritiers, non pas absolument, mais lorsque l'enfant, sans l'avoir intentée, meurt avant l'expiration des cinq années, depuis sa majorité (art. 329). Que si, après ces cinq années, l'enfant a lui-même intenté l'action et meurt pendant l'instance, l'action peut être suivie, continuée par les héritiers (art. 330). Ainsi, d'abord, l'action, dans ce cas, est de nature à être exercée par les héritiers. A la vérité, elle leur est refusée si l'enfant, sans avoir réclamé, meurt après vingt-six ans; et pourquoi? C'est que le silence de cet enfant pendant cinq ans de majorité établit aux yeux de la loi la présomption que cet enfant ne voulait pas agir. Mais si, plus ou moins longtemps après l'expiration de ces cinq années, l'enfant a enfin intenté l'action, son fait détruit péremptoirement cette présomption, et ses héritiers, dès lors, pourront continuer l'instance par lui ouverte. C'est ainsi que l'action, qui devait s'éteindre par sa mort, redevient efficace, une fois que la procédure est entamée : *Actio quæ morte perit, judicio semel inclusa, salva manet.* Ainsi, la circonstance que l'instance est ouverte par l'auteur peut bien *renouveler* et étendre le droit d'action, lorsque ce droit (éteint par un accident postérieur) existait en principe; mais elle ne peut pas le *créer* au profit d'héritiers, qui, en principe et absolument, sont incapables d'exercer l'action.

Quant à l'art. 957, son insignifiance, pour le cas qui nous occupe, est beaucoup plus claire encore. Il s'agit, dans cet article, de l'action tendant à faire annuler une donation pour l'ingratitude du donataire. La loi y déclare que l'action ne peut être *intentée* que dans l'année à partir du délit ou de la connaissance acquise du délit, et que, dans ce délai, elle peut l'être soit par le donateur, soit par ses héritiers; elle ajoute que, passé ce délai, elle peut être *continuée* par ces héritiers, si le donateur vient à mourir après l'avoir intentée pendant le délai. C'est-à-dire que là les héritiers sont absolument sur la même ligne que l'auteur lui-même : ils peuvent, comme lui, intenter l'action dans l'année, ils peuvent, comme lui toujours, la continuer après l'année, quand elle a été intentée dans cette année. Quel argument veut-on tirer de semblables hypothèses pour le cas où l'auteur seul peut exercer l'action, et où tout autre que lui est inhabile à en user?

M. Demolombe (III, 259), tout en reconnaissant la justesse de ces raisons, repousse notre conclusion par cet autre motif que le mot *attaquer* signifie seulement *commencer une attaque*. Mais comme il nous semble, au contraire, que la continuation d'une chose est toujours cette chose, aussi bien que son commencement, nous persistons à penser que l'époux trompé ou dépouillé de sa liberté est le seul qui puisse jamais annuler son mariage.

181. — Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée

pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.

SOMMAIRE.

I. Le vice du consentement se couvre par ratification expresse ou tacite et par prescription. — Quand y a-t-il ratification tacite? — La grossesse de la femme serait insignifiante.

II. Controverse sur la ratification expresse. — Comment elle se réalise. Dissentiment avec M. Duranton.

III. La prescription de l'action ne s'accomplit que par trente ans. Controverse.

I. — **644.** Les deux vices du consentement indiqués par l'article précédent peuvent être couverts par trois causes, dont une seulement est présentée dans notre article : 1° la ratification tacite ; 2° la ratification expresse ; 3° la prescription.

La ratification tacite résulte, aux termes de notre art. 181, d'une cohabitation continuée pendant six mois depuis la recouvrance de la liberté ou la découverte de l'erreur (1). Elle ne pourrait se trouver dans aucune autre circonstance quelle qu'elle fût. Ainsi, la grossesse de la femme, même arrivée après la découverte de l'erreur ou la recouvrance de la liberté, serait inefficace. Cette grossesse, en effet, prouve tout simplement qu'il y a eu cohabitation ; or, ce n'est pas une cohabitation quelconque que la loi demande, c'est une cohabitation continuée pendant six mois.

Il ne suffirait pas non plus qu'à compter du point de départ indiqué par l'article il y eût pendant six mois, ou plus longtemps, non-réclamation de l'époux ; car ce n'est pas six mois de non-réclamation que demande le législateur, c'est six mois de cohabitation. Si donc l'époux trompé ou privé de sa liberté s'est enfui, ou du moins s'est séparé de son conjoint, cette circonstance présentant plutôt une protestation qu'une ratification, le silence de l'époux ne couvrirait pas la nullité, si ce n'est par prescription, lorsqu'il aurait duré pendant trente ans, ainsi que nous allons le voir au n° III.

II. — **645.** Puisque l'époux ratifie son mariage et le rend inattaquable par une cohabitation continuée pendant six mois sans réclamation, il nous paraît évident qu'il le ratifierait également, et d'une manière plus satisfaisante encore, par un consentement donné formellement après la recouvrance de la liberté ou la découverte de l'erreur. Car pourquoi la cohabitation continuée pendant six mois emporte-t-elle ratification ? C'est parce qu'on y voit une approbation, non exprimée mais certaine, du mariage d'abord annulable. Mais cette approbation est bien moins équivoque encore, lorsqu'elle est donnée par une déclaration expresse et *ad hoc*.

Tout le monde cependant ne partage pas cette doctrine. On objecte

(1) C'est à l'époux, qui ne demande la nullité de son mariage qu'après plus de six mois de cohabitation, à prouver que la découverte de l'erreur ne remonte pas à six mois. Cass., 20 avril 1869 (Dev., 69, 1, 303); Demolombe (*Mar.*, I, n° 262); Zachariæ, Massé et Vergé (I, § 127, note 7).

que le texte de la loi ne consacre pas cette ratification expresse, et l'on en donne pour raison que le législateur a dû avoir beaucoup plus de confiance dans un consentement manifesté matériellement, par des faits quotidiennement répétés pendant six mois, que dans le consentement donné instantanément, par un mouvement irréfléchi peut-être, et que l'époux pourrait regretter un moment après. Cette considération ne manque pas de gravité; mais nous ne saurions en déduire l'impossibilité d'une ratification formelle. Les tribunaux, au besoin, pourront toujours décider en fait que l'acte dont on argumente ne constitue pas une ratification suffisante; mais il nous paraîtrait étrange de poser comme principe la nullité de toute approbation expresse. On ne peut pas refuser cet effet réhabilitant *au consentement* de l'époux, alors que le mariage est annulable, non pas pour défaut des formalités ou pour tel autre motif, mais précisément et uniquement pour l'insuffisance primitive de *ce consentement*. Quant au silence gardé par notre article, il nous paraît plutôt favorable que contraire à notre décision. C'est précisément à cause de la valeur, évidente ici, d'un consentement formellement donné, que la loi a dû se préoccuper d'organiser d'une manière certaine la ratification tacite, dont l'ancien droit ne précisait pas les conditions (Pothier, n° 318); tandis qu'elle a dû trouver inutile de parler de la ratification expresse, qui va de soi et qu'on a toujours admise (*ibid.*, n° 309). Tel est aussi l'avis de M. Demolombe (III, 264).

Du reste, il faudra, bien entendu, que la volonté de réhabiliter le mariage ne soit pas douteuse, et, dès lors, on doit se garder de poser en principe, comme M. Duranton (II, 283, en note), qu'elle résulterait, contre le mari, du fait d'avoir autorisé sa femme à contracter ou à plaider. Et, en effet, un mois après la découverte de l'erreur dans laquelle j'étais, il se trouve urgent pour ma femme de passer tel contrat ou d'intenter telle action; je m'empresse, pour ne pas nuire à ses intérêts, de lui donner l'autorisation sans laquelle elle ne peut rien faire. Que conclure de là? Le fait prouve parfaitement que je sais qu'il y a mariage entre nous; mais il ne prouve pas le moins du monde que j'aie l'intention de le laisser subsister toujours. Ce fait n'empêche pas que je ne me sois consulté déjà et que je ne me consulte encore avant d'intenter une action aussi grave que celle d'annulation de ce mariage et pour laquelle la loi m'accorde encore cinq mois de réflexion. Sans doute, il se pourrait que la ratification résultât ici, comme le dit M. Demolombe (III, 265), de certains termes de l'autorisation ou de quelque autre circonstance particulière; mais elle ne résulterait jamais du fait d'avoir autorisé.

III. — 646. Toutes les actions organisées par la loi civile deviennent sans force, se prescrivent, après un temps plus ou moins long, à l'exception de celles qu'une disposition spéciale déclarerait imprescriptibles. Donc, l'action en nullité ouverte par l'article précédent finirait, s'il n'intervenait pas de ratification expresse ou tacite, par

tomber devant la prescription. Mais par quel délai serait produit ce résultat?

MM. Duranton (II, 278), Valette (I, p. 433) et Demolombe (III, 268), appliquent ici l'art. 1804, qui déclare les actions en nullité d'une convention prescriptibles par dix ans. Mais ni cette règle du titre *des Obligations conventionnelles,* ni la plupart des autres règles du même titre, ne sauraient s'appliquer au mariage, qui a son organisation à part et ses règles toutes particulières. Les art. 1304 et suivants sont le complément et la mise en exercice des art. 1109 à 1118, expliquant les quatre causes de nullité des contrats ordinaires : l'erreur, la violence, le dol et la lésion. Or, nous avons vu, au n° VI de l'article précédent, que ce n'est point par ces éléments que la loi a organisé son système d'annulation du mariage. La règle de l'art. 1304, posée pour les contrats ordinaires, pour les contrats d'*argent,* appartient donc à un ordre d'idées qui n'a rien à faire ici; et l'action en nullité d'un mariage, échappant à cet art. 1304, ne peut plus être atteinte que par la disposition extrême de l'art. 2262, qui déclare qu'aucune action ne peut durer plus de trente ans (*conf.* Zachariæ, III, p. 263).

182. — Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

SOMMAIRE.

I. Seconde nullité relative. — Elle n'est ouverte que pour le défaut de consentement, non pour le défaut de conseil ou de consultation.
II. L'action, en tant qu'elle appartient à ceux dont on a méprisé l'autorité, leur est rigoureusement personnelle.
III. Conséquence pour le mariage du mineur enfant naturel n'ayant ni père ni mère. Lui seul peut attaquer le mariage, mais il le peut. Dissentiment avec M. Zachariæ.

I. — 647. Les deux articles précédents nous ont présenté une première cause de nullité purement relative, comme on l'a vu; une seconde nullité, relative comme la première, est prévue par notre article et par l'article suivant. Elle a lieu quand on n'a pas obtenu le consentement de ceux sans la volonté desquels le mariage ne pouvait pas se faire. L'action est accordée alors et à celui ou ceux dont le consentement, déclaré indispensable par la loi, n'a pas été donné, et à l'époux qui devait être protégé par ce consentement.

C'est uniquement pour le défaut de consentement, et non pour le défaut de conseil ou de consultation, que la nullité est admise. Ainsi, le mariage contracté par un fils majeur de vingt-cinq ans, ou par une fille majeure de vingt et un ans, sans aucun avertissement donné par eux à leurs ascendants, ne pourrait pas être attaqué en nullité pour cette cause; il y aurait seulement lieu, contre l'officier public, à l'a-

mende et à l'emprisonnement prononcés par l'art. 157. Ainsi encore, si le mariage de l'enfant mineur a été célébré avec le consentement du père, sans que la mère, encore existante, ait été consultée ; ou bien si, à défaut des père et mère, il l'a été avec le consentement des ascendants d'une ligne, sans qu'on ait consulté ceux de l'autre ligne, ce mariage ne peut pas être attaqué. En effet, on n'avait pas besoin du consentement de la mère dans le premier cas, ni de celui de la ligne non consultée, dans le second, puisque, dans le cas de dissentiment entre le père et la mère ou entre les deux lignes, le consentement du père ou d'une des lignes est suffisant (art. 148 et 150). Il suit de là que dans le cas, par nous prévu sous l'art. 150, d'un enfant qui, ayant perdu ses père et mère, aïeuls et aïeules, aurait encore ses deux bisaïeuls et ses deux bisaïeules paternels, puis un seul bisaïeul et ses deux bisaïeules maternels, si l'enfant se mariait avec le consentement de celle des bisaïeules maternelles qui est veuve, sans consulter aucun des six autres ascendants, le mariage serait inattaquable.

II. — 648. Voyons maintenant dans quel ordre et d'après quelles règles l'action en nullité pourra être intentée, soit par les ascendants, soit par le conseil de famille.

Nous savons déjà qu'une action en nullité de mariage n'appartient qu'à ceux, rigoureusement, à qui la loi l'accorde expressément ; or, notre article nous dit que le mariage ne pourra être attaqué que par ceux dont le consentement était requis. C'est donc à ceux dont la permission était vraiment nécessaire que l'action sera exclusivement réservée, sans pouvoir passer, par la mort d'un ascendant, à ses héritiers (1) ou aux ascendants supérieurs (2). Ainsi, quand un fils mineur, ayant son père et sa mère, s'est marié sans le consentement d'aucun des deux, l'action naîtra pour le père seul, puisqu'il est le seul dont le consentement fût indispensable. Or, il nous semble bien résulter de là, malgré l'opinion contraire des auteurs (3), que, quand même le père viendrait à mourir quelques jours après le mariage, la mère n'en serait pas moins dans l'impossibilité d'agir. De même, le mariage du mineur qui avait encore sa mère et un aïeul, et qui n'a obtenu aucun consentement, ne peut pas être attaqué par l'aïeul, non-seulement tant que la mère est vivante, mais même après sa mort ; la raison en est toujours que la mère est la seule dont le consentement fût requis et dont l'autorité, dès lors, ait été méprisée.

649. Quand c'est le consentement du conseil de famille qu'il fallait pour un mariage, et qu'il n'a pas été obtenu, ce n'est pas tel ou tel membre du conseil qui peut, en son nom particulier, attaquer le mariage ; car ce n'est pas son consentement particulier qui était demandé. L'action ne peut s'exercer qu'au nom du conseil entier, qui devra se réunir pour prendre une délibération sur ce point, et charger soit le

---

(1) *Sic* : Caen, 22 mai 1850 (Dev., 52, 2, 566 ; *J. Pal.*, 51, 2, 142).
(2) *Contrà* : Valette (*Explicat. somm.*, p. 109).
(3) Duranton (II, 287) ; Vazeille (I, 266) ; Zachariæ (III, p. 268) ; Demolombe (III, 272).

tuteur, soit quelqu'un de ses membres, d'intenter l'action comme son représentant. Si, dans l'intervalle entre la célébration du mariage et l'exercice de l'action, le conseil avait subi quelque modification, par exemple par la mort d'un, de plusieurs ou même de la totalité de ses membres, que de nouveaux membres seraient venus remplacer, le droit d'agir ne lui en appartiendrait pas moins; car c'est toujours le même conseil de famille. Le conseil, en effet, est une personne morale, un être collectif, qui reste identiquement le même, quelle que soit la mutation de membres qu'il subisse. Mais il en serait autrement si le conseil de famille n'existait vraiment plus. Par exemple, si une personne qui n'a plus d'ascendants s'est mariée à vingt ans et demi, sans le consentement de son conseil, et que les parents n'apprennent le mariage que sept mois plus tard, l'action ne pourra plus être intentée, quoique, d'après la règle de l'art. 183, on ait un an pour agir à partir de la connaissance acquise du mariage; car, après les six mois depuis le mariage, l'époux a atteint sa majorité, et dès lors, le conseil de famille a cessé d'exister.

III. — 650. Une conséquence importante et remarquable des principes que nous venons d'établir, c'est que le mariage d'un mineur, enfant naturel non reconnu, ou dont les auteurs légalement connus sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ne peut jamais être attaqué par celui dont le consentement était requis pour ce mariage. En effet, dans ce cas d'un enfant naturel mineur n'ayant pas d'auteur légalement connu, ce n'est pas le consentement du conseil de famille, alors même qu'il en existerait un, qui est nécessaire; c'est le consentement d'un tuteur *ad hoc*. Or, ce tuteur *ad hoc* n'ayant pas d'autre mission, d'autre pouvoir, que de consentir ou de ne pas consentir au mariage projeté, il s'ensuit que, quand il n'y a plus de mariage à célébrer, il n'y a plus de tuteur *ad hoc*. La célébration du mariage n'empêche pas l'ascendant d'être toujours l'ascendant, ni le conseil de famille d'être encore le conseil de famille; mais, au contraire, elle fait disparaître le tuteur *ad hoc*, puisque, comme son nom le dit, il n'était quelque chose que *pour cela*, et que *cela* n'est plus à faire. Que si un tuteur *ad hoc* n'avait pas même été nommé, l'absence de toute personne ayant qualité pour attaquer le mariage, vu le mépris fait de son autorité, serait, non pas plus vraie, mais plus claire encore. Mais il est évident que l'enfant, lui, n'en aurait pas moins le droit d'attaquer son mariage, vu le défaut de protection dont il avait besoin.

M. Zachariæ, cependant, enseigne (III, p. 272) que l'enfant lui-même n'aurait pas ce droit et que le mariage, par conséquent, est complétement inattaquable dans ce cas. Il fonde cette décision, évidemment inadmissible, sur ces deux idées, fausses l'une et l'autre : 1° que notre article est le seul texte qui indique dans quels cas le mariage est nul pour défaut d'assentiment des personnes dont l'époux dépend, et 2° que cet article, en ne parlant que des ascendants et du conseil de famille, entend repousser le cas de tuteur *ad hoc*. Mais il est évident, d'abord, que, pour bien comprendre l'effet légal du défaut de concours

des personnes dont l'époux dépend, ce n'est pas du point de vue étroit d'un article isolé qu'il faut juger; c'est à la considération du système pris dans son entier qu'il faut remonter.

Or, ce système ne résulte pas uniquement de notre article; il ressort de la combinaison et de l'ensemble des art. 148, 149, 150, 156, 158, 1re *partie*, 159, 160, 182 et 192, d'une part; puis 151, 152, 153, 157 et 158, 2e *partie*, d'autre part. De la comparaison de ces différents textes, il résulte clairement 1° que les mariages se divisent en deux grandes classes : ceux des mineurs (mineurs de mariage), pour lesquels il faut *obtenir consentement;* et ceux des majeurs, pour lesquels il suffit de *requérir conseil;* puis 2° que les effets de la non-réquisition de conseil sont seulement le droit d'opposition d'abord, et, après le mariage contracté, la prononciation, contre l'officier public, de 300 francs d'amende et d'un mois de prison; tandis que les effets de la non-obtention du consentement sont, outre le droit d'opposition, la même amende de 300 francs avec six mois de prison, et, de plus, la nullité du mariage. Donc, cette nullité du mariage a lieu toutes les fois que c'était un *consentement,* et non pas un simple *conseil,* que la loi demandait, quelle que fût, d'ailleurs, la personne dont le consentement était nécessaire.

Mais, quand même notre article serait le seul qui nous fît comprendre dans quels cas le mariage sera nul pour défaut de concours des personnes dont l'époux dépendait, est-il vrai que les termes de cet article empêcheraient d'appliquer la nullité au cas du tuteur *ad hoc?* Est-il vrai que l'article, en ne parlant que des mariages pour lesquels il fallait le consentement des ascendants ou de la famille, l'a fait par opposition à ceux pour lesquels la loi demandait le consentement d'un tuteur *ad hoc?* Non; les expressions *de la famille,* ou *du conseil de famille,* employées dans notre article et aussi dans l'art. 156, sont mises par le législateur pour tous les cas où il ne s'agit plus des ascendants. Elles s'appliquent, ces expressions, au conseil composé de parents, et à celui composé d'étrangers, vu le défaut ou l'empêchement des parents, et au cas même d'un tuteur *ad hoc,* puisque, si ce n'est pas alors le conseil lui-même qui consent ou refuse, c'est lui qui choisit et envoie le tuteur qui doit refuser ou consentir. C'est pour cette raison que quand le Tribunat demanda qu'on mît dans notre article, après les mots *conseil de famille,* ceux de *tuteur ou curateur,* on ne tint pas compte de sa demande (Fenet, t. IX, p. 122). A la vérité, nous disons nous-même que le tuteur *ad hoc* ne peut jamais être reçu à intenter l'action. Mais ce n'est pas parce que le texte de notre article serait insuffisant pour l'admettre; c'est parce que l'accomplissement du mariage fait évanouir sa qualité de tuteur, comme l'événement de la majorité de l'enfant légitime fait disparaître le conseil de famille : l'individu qui était tuteur, les parents qui étaient membres du conseil, existent toujours; mais le conseil, lui, et le tuteur ont cessé d'être; en sorte que, dans les deux cas, l'autorité qui a été méprisée n'existe plus.

Il est facile de prouver que ces mots *la famille, le conseil de famille,*

comprennent le tuteur *ad hoc*. En effet, s'il en était autrement, l'article 156, qui prononce six mois de prison contre l'officier qui ne s'est pas assuré de l'existence du consentement requis, ne serait pas applicable au cas de ce tuteur; et comme l'art. 157, qui prononce l'emprisonnement d'un mois, n'est relatif qu'au cas de simple conseil, il s'ensuivrait que l'officier qui aurait procédé, sans aucun consentement, au mariage d'un enfant naturel mineur n'ayant pas d'auteur légalement connu, ne serait cependant passible ni de l'une ni de l'autre de ces deux peines. Bien mieux; si l'on argumentait des termes de la loi aussi judaïquement que M. Zachariæ, il faudrait dire que l'emprisonnement de six mois, encouru d'après l'art. 156, quand le conseil se composera de parents de l'époux, ne le serait plus quand il se composera d'individus non parents; attendu que cet article ne parle que du consentement *de la famille*, et que des étrangers ne font pas partie de la famille!... Mais, enfin, sans aller jusque-là et en prenant la doctrine de cet auteur telle qu'il la présente, il faudrait dire que l'officier qui marierait un homme de trente-cinq ou quarante ans, fils naturel reconnu d'une femme encore existante, sans réquisition du *conseil* de cette femme, devra subir l'emprisonnement d'un mois; tandis que l'officier qui marierait un enfant naturel de quinze ou seize ans, sans le *consentement* d'un tuteur, ne serait passible d'aucune peine!

Il est donc évident que les mots *consentement de la famille, du conseil de famille,* se réfèrent à tous les cas dans lesquels le consentement doit émaner de personnes autres que les ascendants; et que notre article, par conséquent, ouvre l'action en nullité à tout enfant mineur marié sans le *consentement* de ceux à qui la loi le soumettait. Et en effet, comment admettre que le législateur, qui permet à un jeune homme *de vingt-quatre ans,* marié sans le consentement d'un ascendant, d'attaquer son mariage pour défaut de protection, n'autoriserait pas l'action au profit d'une jeune fille de quinze ans mariée sans l'avis de personne? (1)

183. — L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

---

(1) Duranton (II, 294); Valette (I, p. 434); Allemand (I, 572); Demolombe (III, 27).

SOMMAIRE.

I. Le mot *parents* signifie tous ceux qui devaient consentir. — Leur ratification, expresse ou tacite, éteint l'action de l'enfant; mais la réciproque n'a pas lieu.
II. La ratification des ascendants d'une ligne éteindrait l'action de l'autre ligne.
III. La ratification de l'enfant peut aussi être expresse ou tacite. — Quel est l'âge compétent dont parle l'article.

I. — 651. Il est évident que, dans la pensée de la loi, ces mots de notre article, *les parents dont le consentement était requis,* signifient toutes les personnes, quelles qu'elles soient, dont le consentement était nécessaire. Ainsi, ils comprennent, selon les cas, les membres du conseil de famille, alors même que ce conseil serait en entier composé d'amis. C'est qu'en effet ce conseil devient, pour ainsi dire, la famille légale de l'époux.

Le texte nous indique deux causes extinctives de la nullité dont il s'agit. L'une, la ratification des parents, éteint l'action absolument, et aussi bien pour l'enfant que pour les parents eux-mêmes; l'autre, la ratification de l'enfant, ne l'éteint que par rapport à lui.

L'assentiment donné par les parents au mariage, soit expressément, soit tacitement, éteint l'action absolument, et cela devait être. Car, que manquait-il au mariage pour qu'il fût inattaquable? Rien que leur consentement; comment, dès lors, la nullité pourrait-elle en être demandée après que ce consentement est intervenu? Ce consentement postérieur des parents peut être exprès ou tacite; et il est évident que le silence gardé par eux pendant une année, à partir du moment où ils ont eu connaissance du mariage, est un cas de ratification tacite. L'article, dès lors, présente une rédaction mauvaise, quand il indique comme deux circonstances distinctes, celle où le mariage a été tacitement approuvé, et celle où il s'est écoulé une année sans réclamation. Du reste, ce vice de rédaction prouve que, dans la pensée de la loi, la ratification tacite peut résulter de circonstances autres que le silence gardé pendant un an. Ainsi, par exemple, si les parents de l'époux marié sans le consentement nécessaire ont reçu fréquemment et cordialement son conjoint, s'ils lui ont donné des marques non équivoques d'estime et d'amitié, ils pourraient bien, pour ce seul fait, être déclarés non recevables dans l'action qu'ils voudraient intenter ensuite, quoiqu'il ne se fût écoulé que deux ou trois mois depuis qu'ils ont connu le mariage. Mais toutes les fois que quelque circonstance significative ne pourra pas être invoquée contre les parents, et que la preuve de l'assentiment donné ne se trouvera que dans le silence gardé, ce silence ne sera suffisant qu'après une année depuis la connaissance acquise.

II. — 652. Il est clair que l'action ne peut plus être intentée ou continuée toutes les fois qu'il y a ratification d'une personne dont le consentement rendrait le mariage possible. Ainsi, quand l'enfant mineur qui s'est marié sans consentement dépendait de ses deux aïeuls paternel et maternel, tant qu'il n'intervient aucune ratification, l'un ou l'autre des deux ascendants peut intenter l'action; mais si l'un des

deux ratifie, expressément ou tacitement, le droit d'action s'éteint non-seulement pour lui, mais aussi pour le second, et ce, quand même l'action serait intentée déjà au moment qu'intervient la ratification du premier (1).

III. — 653. La loi, en organisant la ratification tacite de l'époux marié en minorité sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille, garde le silence sur sa ratification expresse. Est-ce à dire que cette ratification n'aurait pas d'effet, et que, malgré la déclaration formelle que l'époux passerait à ce sujet, après avoir atteint sa majorité de mariage, il conserverait toujours la faculté d'agir? Nous ne le croyons pas. Pourquoi, en effet, l'époux ne pourrait-il pas, alors qu'il est parvenu à l'âge où il pourrait contracter son mariage seul et malgré ses parents, briser lui-même l'action en nullité de ce mariage, par une renonciation que les tribunaux, nous le supposons, reconnaissent libre et réfléchie? Il le pouvait dans l'ancien droit (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 447); si donc le législatenr avait entendu qu'il en fût autrement, il s'en serait expliqué (voy. le n° II de l'art. 181).

La ratification tacite de l'époux, à la différence de celle des parents, ne peut pas résulter de toute circonstance que ce soit, mais seulement du silence gardé pendant une année entière à partir du moment où cet époux aura l'âge voulu pour consentir par lui-même au mariage. Mais quel sera cet âge? Pour les filles, ce sera toujours vingt et un ans (art. 148); il en sera de même des enfants mâles qui, au moment de leur mariage, n'avaient plus d'ascendants en état de manifester leur volonté (art. 160). Mais quel serait cet âge pour l'homme qui verrait mourir, après son mariage, l'unique ascendant dont il dépendait? Toullier et M. Duvergier (I, 615) enseignent que c'est toujours et indistinctement vingt et un ans. Mais cette idée, généralement rejetée (2), n'est pas plus admissible que celle qui exigerait toujours vingt-cinq ans.

L'homme est majeur quant au mariage, 1° quand il a vingt-cinq ans; quand, ayant au moins vingt et un ans, il n'a pas d'ascendants légitimes ou légalement connus, en état de consentir. Donc, c'est à partir du moment où l'époux dont il s'agit se trouvera dans l'une de ces deux conditions, que courra l'année dont l'expiration doit amener la ratification tacite. — Ainsi, que le fils marié à vingt et un ans, sans le consentement de l'unique ascendant qui lui restait, perde cet ascendant à vingt et un ans et demi; comme à partir de ce moment il est dans les conditions voulues pour qu'un jeune homme puisse consentir lui-même à son mariage, c'est quand il aura vingt-deux ans et demi, que son silence aura produit la ratification tacite demandée par notre article. — Supposons, au contraire, que l'enfant, lors de son mariage, avait encore son père et une aïeule, et que le père meurt quand l'enfant arrive à l'âge de vingt-deux ans; quoique cet événement éteigne

(1) Valette (I, p. 435); Duvergier (sur Toullier, I, 611); Demolombe (III, 375).
(2) Merlin (*Rép.*, v° Mar., § 2); Duranton (II, 307); Vazeille (I, 271); Zachariæ (III, p. 370); Valette (I, p. 436); Demolombe (III, 284).

l'action qu'avait le père, laquelle ne passera point à l'aïeule, cependant, comme l'époux n'est pas encore dans les conditions voulues pour consentir seul, l'année de ratification ne courra pas, et si l'aïeule continue de vivre, ce ne sera que quand l'enfant aura vingt-cinq ans qu'il sera majeur de mariage et que courra cette année de ratification. Ce ne serait également qu'après cet âge de vingt-cinq ans qu'il pourrait donner une ratification formelle.

184. — Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles **144**, **147**, **161**, **162** et **163**, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

SOMMAIRE.

I. Nullités absolues. — L'époux coupable lui-même peut intenter l'action.
II. Quelle espèce d'intérêt permet à l'autre de l'intenter.

I. — 654. Nous arrivons maintenant aux nullités absolues. Elles sont au nombre de cinq, dont trois indiquées par notre article, et les deux autres par l'art. 191. Ces cinq causes de nullité absolue sont :

1° L'impuberté lors du mariage des époux ou de l'un d'eux, c'est-à-dire la circonstance que l'époux avait moins de dix-huit ans, ou la femme moins de quinze (art. 144) : ce cas est prévu par notre art. 184, et les deux art. 185 et 186;

2° L'existence d'un premier mariage valable (art. 147) : le cas est réglé par notre article et les deux art. 188 et 189;

3° La parenté des époux au degré prohibé (art. 161, 162 et 163);

4° Le défaut de publicité du mariage (art. 191);

5° L'incompétence de l'officier qui l'a célébré (*ibid.*)

Dans ces cinq cas, la nullité du mariage peut être invoquée : 1° par les époux eux-mêmes; 2° par le ministère public; 3° par toute personne intéressée à la proposer.

1° Ordinairement et en principe, une personne n'est pas admise à argumenter de sa propre faute et ne peut pas, dès lors, intenter une action qui se fonderait sur le délit dont elle-même s'est rendue coupable : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ici, il en est autrement, et, pour atteindre plus sûrement les mariages dont il s'agit, la loi, dans les art. 184 et 191, permet aux deux époux, et, par conséquent, à l'époux bigame, par exemple, aussi bien qu'à l'autre, d'exercer l'action en nullité.

2° Le ministère public, mandataire et représentant légal de la société blessée par l'atteinte que les mariages dont il s'agit portent aux bonnes mœurs, est chargé d'attaquer ces mariages et de faire séparer les époux; et, comme ce haut intérêt de la société n'existerait plus si le mariage illégal se trouvait brisé par la mort d'un des époux, le mi-

nistère public cesserait alors d'avoir action. C'est donc du vivant des deux époux que le ministère public doit agir (art. 190) (1).

3° Enfin, l'action en nullité est ouverte au profit de toute personne ayant un intérêt, moral ou pécuniaire, à l'annulation.

II. — 655. Et d'abord, un intérêt moral : ainsi, 1° l'époux au préjudice duquel a été consacré un second mariage (art. 188); 2° les ascendants et le conseil de famille, que leur seule qualité intéresse puissamment au maintien des mœurs dans la famille.

Donc, ce n'est pas seulement aux ascendants les plus proches que l'action appartient, de manière à ne passer aux aïeuls, par exemple, que quand les père et mère seraient morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou bien encore auraient refusé d'agir; c'est à tous les ascendants concurremment que l'action est offerte. Il n'en est point ici comme du défaut d'obtention du consentement nécessaire : le motif de l'autorité méprisée ne peut être invoqué que par celui en qui résidait cette autorité; ici, au contraire, chacun des ascendants, à quelque degré qu'il soit, est directement intéressé au maintien des mœurs, et tous, par conséquent, sont compris dans la règle générale qui donne l'action *à tous ceux qui y ont intérêt*. On n'en excepte que les parents qui, dans le cas particulier d'un mariage contracté par un impubère, ont donné leur consentement à ce mariage. Ainsi, quand une fille s'est mariée à quatorze ans, avec le consentement de ses père et mère, ceux-ci ne peuvent pas attaquer le mariage; mais l'action n'en appartient pas moins, alors, aux ascendants plus éloignés (art. 156). Ce qui prouve que la règle de notre article a bien, dans la pensée du législateur, la généralité que nous lui donnons, c'est précisément l'exception de l'art. 186 qui, en retirant l'action, dans tel cas particulier, aux parents de différents degrés, suppose bien qu'en principe tous ces parents l'avaient (2).

Du reste, la nullité pour impuberté est la seule des cinq nullités absolues dans laquelle l'action soit refusée aux parents qui ont consenti. Ainsi, dans les quatre autres cas de bigamie, d'inceste, de clandestinité et d'incompétence, les parents qui ont consenti n'en ont pas moins la faculté d'attaquer le mariage. Dans tous ces cas, le désir de rendre l'annulation plus sûre, en ouvrant l'action à un plus grand nombre de personnes, l'a emporté sur la pensée de punir les parents (3).

---

(1) Le ministère public ne peut demander la nullité d'un second mariage contracté avant la dissolution du premier sans appeler le second époux et les enfants issus du mariage, s'il y en a. Cass., 30 mai 1846 (Dev., 46, 1, 717; *J. Pal.*, 46, 2, 195).

(2) Aussi l'opinion contraire de Toullier (I, 633) et de Duranton (II, 328) est-elle repoussée par la généralité des auteurs et par la jurisprudence : Merlin (*Rép.*, v° Mar., sect. 6, § 2); Proudhon et Valette (I, p. 431); Vazeille (I, 218); Zachariæ (III, p. 255); Demolombe (III, 301). — Lyon, 22 juillet 1846; Rej., req., 15 nov. 1848 (Dev., 47, 49; 48, 1, 673).

(3) *Conf.* Lyon, 4 avril 1867 (Dev., 67, 2, 290); Demolombe (*Mar.*, I, n° 325); Aubry et Rau (IV, § 461, note 17, p. 54).

L'intérêt pécuniaire, maintenant, fait aussi naître le droit d'action; car notre article ne distingue pas. Ainsi, des enfants d'un premier lit, ou des parents collatéraux, pour des questions de succession; des créanciers, pour faire disparaître l'hypothèque légale de la femme (1), tous ceux qui peuvent avoir intérêt à critiquer les conventions matrimoniales des époux; tous ceux-là ont le droit de faire prononcer l'annulation du mariage. Mais, bien entendu, il ne suffit pas, pour attaquer aujourd'hui le mariage, qu'on puisse se trouver intéressé réellement plus tard à l'annulation; il faut y être intéressé aujourd'hui : il ne suffit pas d'un intérêt éventuel, de la probabilité d'un intérêt futur; il faut *un intérêt né et actuel,* lequel, le plus souvent, n'existera, pour les enfants d'un autre lit et les collatéraux, qu'à la mort de leur auteur ou de leur parent (art. 187), mais qui pourrait, selon les cas, exister plus tôt.

656. On comprend du reste pourquoi la loi ne range les enfants et les collatéraux que parmi les individus intéressés pécuniairement. Des enfants ne peuvent pas jouer, vis-à-vis de leurs auteurs, le rôle de surveillants, de vengeurs de la morale. Il en est de même des parents collatéraux; excepté, pourtant, quand ils sont constitués en conseil de famille : car ce conseil (alors même qu'il se composerait d'étrangers, ce qui ne l'empêcherait pas d'être encore la famille légale de l'enfant) aura toujours l'action, comme le prouve, par son exception, la disposition de l'art. 186.

185. — Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois.

I. — 657. La nullité du mariage contracté par un époux impubère est couverte quand il s'est écoulé six mois sans réclamation de personne, à partir du moment où cet époux a atteint l'âge voulu. C'est là une règle qui s'applique indistinctement au mari et à la femme, et quel que soit celui des deux qui fût impubère lors du mariage. Que s'ils étaient impubères tous deux, et que le mariage fût ainsi attaquable du chef de l'un et de l'autre, il est clair que six mois après la puberté de l'un le mariage resterait annulable du chef de l'autre, et que cette nullité, double pour ainsi dire, ne serait couverte que six mois après le moment où tous deux auraient l'âge de puberté.

Outre cette première cause d'extinction de la nullité, qui opère pour l'homme comme pour la femme, il en est une seconde qui n'a d'effet que quant à l'impuberté de cette dernière : c'est sa grossesse, réalisée

(1) *Sic :* Metz, 7 février 1854 (Dev., 54, 2, 659; *J. Pal.*, 54, 1, 315).

avant l'échéance des six mois depuis sa puberté. Ainsi, qu'une femme se marie à quatorze ans, le mariage, si elle ne devenait pas enceinte, pourrait être attaqué pendant dix-huit mois; que si, au contraire, elle se trouve grosse à un moment quelconque de ces dix-huit mois; à cet instant même la nullité tombera. Ainsi, que six mois après le mariage une action en nullité soit intentée, peu importe par qui; si la femme déclare qu'elle est enceinte et que le fait devienne constant, l'action n'aura pas de suite, quoique la femme n'ait pas encore l'âge exigé pour le mariage. Le législateur a pensé que quand les circonstances dénotent chez la femme, d'une manière aussi péremptoire, une puberté réelle plus avancée que la puberté légale, c'est une raison suffisante de ne pas attaquer désormais, pour absence de cette puberté, un mariage déjà subsistant.

Mais la loi n'a pas voulu que cette circonstance de la grossesse de la femme pût couvrir la nullité pour impuberté du mari; car, de ce que la femme est enceinte, il ne s'ensuit pas du tout que le mari, lui, soit capable d'engendrer; il n'y a pas certitude que l'enfant soit de lui. C'est donc seulement du chef de *la femme qui n'a point l'âge,* comme le dit notre article, que la grossesse rend le mariage inattaquable. En vain on invoquerait ici la règle portée par l'art. 312, que tout enfant conçu pendant le mariage est légalement présumé appartenir au mari; elle ne peut pas s'appliquer dans ce cas. Cette impossibilité d'appliquer ici la présomption ordinaire de paternité ne résulte pas, comme on l'enseigne quelquefois, de ce que le mariage étant nul, il ne pourrait produire aucun effet et ne saurait dès lors faire naître la présomption de l'art. 312. Le mariage n'est pas nul, il n'est qu'annulable. Ce mariage subsiste donc tant que l'annulation n'en est pas prononcée, et, par conséquent, il pourrait en principe produire la présomption, si une raison particulière ne s'y opposait ici. Cette raison est que le mariage étant contracté par cet époux avant l'âge voulu, il y a dans ce cas une présomption légale de non-puberté qui combat et neutralise la présomption de paternité de l'art. 312. D'ailleurs, et ceci est décisif, le texte de notre article est formel à cet égard; c'est *lorsque la femme* QUI N'AVAIT POINT L'AGE COMPÉTENT *a conçu,* que la nullité tombe.

II — 658. Il est vrai que l'article, dans son ensemble, est fort mal rédigé; puisque, si on le prenait à la lettre, il faudrait dire que *le mariage contracté par* DES ÉPOUX QUI N'AVAIENT POINT L'AGE REQUIS *ne peut plus être attaqué, quand la femme qui n'avait point cet âge a conçu.* Mais il est évident que la rédaction embarrassée de l'article, prise littéralement, ne donnerait pas la pensée du législateur. Car si la grossesse de la femme avait dû être une fin de non-recevoir contre la nullité pour impuberté du mari, elle aurait eu cet effet tout aussi bien chez la femme pubère que chez la femme impubère, chez une femme de seize ans aussi bien que chez celle de treize ou quatorze, et le législateur n'aurait pas restreint sa disposition finale à la femme *qui n'avait pas l'âge compétent.*

Il est donc incontestable que des deux fins de non-recevoir présentées

par l'article, une seule s'applique à l'impuberté des deux époux, et l'autre à celle de la femme seulement.

186. — Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent, ne sont point recevables à demander la nullité.

659. Nous ferons remarquer de nouveau que cet article, en déclarant les ascendants et le conseil de famille incapables d'intenter l'action, dans un cas particulier et par exception, prouve bien qu'ils ont ce droit en principe et d'après cette règle générale de l'art. 184 : « Tous ceux qui y ont intérêt » (soit pécuniaire, soit moral).

Nous répétons aussi que cette exception, précisément parce que c'est une exception, doit se restreindre à ceux que l'article prévoit, à ceux *qui ont consenti*. Ainsi, la circonstance que le père, encore existant, a consenti au mariage de l'enfant impubère, n'empêchera pas l'aïeul ou tout autre ascendant d'intenter l'action. Toutefois, on sait que, quand il s'agit de deux époux, l'autorité de la femme se confond et se perd dans l'autorité du mari; d'où il suit que, quand ce mari aura consenti, sa femme ne pourra pas agir de son vivant.

187. — Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.

660. Ce que nous avons dit sous l'art. 184 suffit pour faire comprendre que la règle de cet art. 187 ne se trouve pas dans les mots : *Du vivant des deux époux,* mais dans ceux-ci : *Lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.* La pensée de la loi est que tous ceux pour lesquels l'action se fonde seulement sur un intérêt pécuniaire, ne peuvent pas agir pour un intérêt éventuel, possible, probable; mais seulement pour un intérêt certain et déjà existant. Or, cet intérêt actuel pourrait très-bien se présenter pour les collatéraux ou pour les enfants d'un premier lit, du vivant des époux; par exemple, pour écarter les enfants du mariage d'une succession à laquelle l'époux aurait renoncé; et dans ce cas ils pourraient très-bien faire prononcer l'annulation du mariage. Mais le plus souvent cet intérêt ne naîtra que par la mort de l'époux, et c'est là ce qui explique la rédaction de notre article, qui serait plus clair et tout aussi complet s'il disait seulement : *Les personnes qui n'exercent l'action que dans un intérêt pécuniaire, ne peuvent l'intenter que quand cet intérêt est né.* L'art. 191, qui reproduit la même règle, est beaucoup mieux rédigé.

188. — L'époux au préjudice duquel a été contracté un second

mariage, peut en demander la nullité, du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui.

661. La raison de cet article est évidente. L'époux est un de ceux qui ont, pour agir, un haut intérêt moral, un intérêt qui existe dans toute sa force dès l'instant même de la célébration du mariage illégal, et qui ne pourrait plus que diminuer par la mort du conjoint. Il est donc clair que son action, comme celle des ascendants ou de la famille, et pour le même motif, est recevable pendant l'existence de ce mariage illégal.

189. — Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement.

662. L'existence d'un premier mariage, fût-il annulable, forme obstacle à la célébration d'un mariage subséquent. L'art. 147 dit sans distinguer : *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier*. Mais cependant la loi met une grande différence entre le cas où le premier mariage était valable, et celui où ce mariage était de nature à être cassé. Dans le premier cas, le second mariage sera annulé ; dans le second cas, il doit être maintenu.

Il suit de là que l'existence d'un premier mariage, alors que ce mariage est entaché de nullité, n'est qu'un empêchement *prohibitif* au mariage subséquent. Il en est de même d'un premier mariage valable, quand le conjoint est absent (art. 139).

190. — Le procureur de la République, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifications portées en l'article 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.

663. Nous avons déjà vu que le ministère public, par la nature même du motif qui ouvre son action, peut toujours agir du vivant des époux ; en quoi il diffère des parents collatéraux et des enfants d'un premier lit, qui ne le peuvent ordinairement qu'après la mort. Nous avons vu de plus qu'il ne le peut que du vivant des époux, à la différence des ascendants et de la famille, qui le peuvent et du vivant, et aussi après le décès de l'époux, attendu que l'honneur de la famille présentera toujours un intérêt moral que ce décès ne détruit pas, et auquel il pourrait encore ajouter un intérêt pécuniaire.

Du reste, l'action dont il s'agit ici s'intentera toujours, on le conçoit, devant les tribunaux civils, et il ne faut pas la confondre avec l'action criminelle que le ministère public pourrait avoir à exercer, par exemple, dans le cas de bigamie (art. 340, C. pén.).

Si le ministère public peut agir pour faire prononcer la nullité du

mariage dans les cinq cas prévus par les art. 184 et 191, il est de toute évidence qu'il peut aussi, ou plutôt qu'il doit, quand des époux ou tous autres viennent demander cette nullité contre un mariage qu'il voit valable, soutenir et faire déclarer la validité de ce mariage.

191. — Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.

SOMMAIRE.

I. Quatrième et cinquième nullités absolues. — La clandestinité et l'incompétence de l'officier, présentées partout comme deux causes distinctes de nullité, ne sont, dans la pensée de la loi, que les éléments d'une nullité unique.
II. On ne peut adopter le système des deux nullités, sans inconvénient, que sous la condition de reconnaître ces nullités facultatives l'une et l'autre.
III. Ces deux nullités peuvent se couvrir par la possession d'état.
IV. Il ne faut pas confondre le mariage clandestin avec le mariage secret; ni le cas d'incompétence de l'officier avec celui d'absence de tout officier.

I. — **664.** Après avoir expliqué dans les sept articles précédents les trois premières nullités absolues, qui sont l'impuberté, la bigamie et l'inceste, la loi, dans cet art. 191, nous présente les deux dernières, savoir : la clandestinité du mariage et l'incompétence de l'officier public. Les trois premières résultaient de l'existence d'empêchements dirimants; celle-ci découle de l'inobservation des formalités voulues par la loi.

Quoique nous présentions ici, ainsi que nous l'avons déjà fait sous l'art. 170, la clandestinité et l'incompétence de l'officier comme deux causes distinctes de nullité, il est vrai de dire que dans la pensée de la loi, ce ne sont là que les éléments d'une seule et même cause de nullité, laquelle consiste uniquement et toujours dans le défaut de la publicité voulue; en sorte que l'absence de l'officier compétent rentre dans la clandestinité. A la vérité, la généralité des auteurs enseignent le contraire et affirment que le législateur a vu là deux cas différents de nullité; mais cette doctrine nous paraît erronée.

665. Et d'abord, en raison et en philosophie, il est évident que ces deux nullités doivent se résumer en une seule : car quel est le rôle de l'officier de l'état civil, par rapport à un mariage? quelle mission a-t-il à remplir?... Pas d'autre que celle de *témoin*. Qu'on ne s'y trompe pas : le maire à la maison commune, le prêtre à l'église, ne sont pas chargés de réaliser le mariage; ils n'en sont que les spectateurs passifs. Le maire et le prêtre ne marient pas; ce sont les parties qui se marient elles-mêmes. C'est à l'église que le point pourrait paraître plus douteux; or, les théologiens les plus exacts enseignent que les époux sont eux-mêmes les *ministres du Sacrement*, et que le prêtre n'est et ne peut être que le *témoin* de l'union formée par ces époux. Tout le monde sait que, pendant la désorganisation momentanée qu'amena notre Révolution française, alors que dans chaque com-

mune un prêtre intrus remplaçait le pasteur légitime, celui-ci, quand il pouvait se tenir caché dans le pays, avait soin, lorsqu'un mariage devait avoir lieu, de venir se placer dans quelque coin de l'église, et rendait ainsi valable, par sa seule présence, une union qui sans elle aurait été nulle aux yeux des lois ecclésiastiques. Or, cette mission du propre curé dans les lois de l'Église et dans notre ancien droit civil, n'est-ce pas elle que le droit intermédiaire et le droit actuel ont transféré aux nouveaux officiers de l'état civil? N'est-il pas évident, d'ailleurs, que notre Code ne pouvait pas leur attribuer un autre rôle, attendu que nul autre n'est possible?... Lisez l'art. 75, et voyez comment se forme le mariage : le maire présent, l'homme déclare qu'il prend telle femme ici présente pour son épouse; la femme déclare qu'elle prend cet homme pour son époux, et le maire prononce qu'ils sont mariés. Ainsi, l'officier proclame et fait ensuite constater par écrit le mariage qui vient de se faire; mais qu'est-ce qui le fait, ce mariage, si ce n'est la déclaration même des époux?... Donc, le mariage, comme cela a toujours été, comme cela sera toujours, s'effectue par la seule volonté des parties : NUPTIAS CONSENSUS FACIT (D. 30, *De reg. jur.*); seulement la loi, qui ne doit consacrer cet effet de la volonté que sous certaines conditions, désigne un fonctionnaire qui vient écouter l'expression formelle de cette volonté et en prendre acte, au nom et comme représentant de la société.

Ainsi l'officier de l'état civil n'est et ne peut être rien autre chose que le premier témoin, le témoin indispensable du mariage. Donc, l'absence, lors d'un mariage, du fonctionnaire délégué pour représenter la société à ce mariage, en d'autres termes, l'absence de l'officier compétent, n'est rien autre chose que le défaut de la publicité voulue. Sans doute, il y a d'autres éléments de publicité que la présence de l'officier compétent. Ainsi, les deux publications; l'intervalle entre la première publication et la seconde, puis entre la seconde et le mariage; la présence des quatre témoins ordinaires; la célébration à la mairie, et non dans une maison particulière; l'admission du public à cette célébration, etc., voilà autant de circonstances qui concourent à produire la publicité, et dont l'absence pourrait diminuer ou détruire cette publicité; en sorte que le mariage pourrait, selon les cas, être annulé comme clandestin, malgré cette présence de l'officier compétent. Mais enfin, cette présence est elle-même l'un de ces éléments; elle en est le plus important aux yeux de la loi. Les éléments autres que la présence de l'officier produisent la publicité matérielle, la publicité de fait; quant à cette présence de l'officier public, outre qu'elle contribue puissamment à cette même publicité matérielle, elle produit seule une publicité juridique, civile, qui doit nécessairement concourir avec la première.

666. Maintenant, en fait, cette théorie si claire et si rationnelle est-elle bien celle du Code? Est-il vrai que les deux premières lignes de notre article entendent parler d'une seule et même cause de nullité, celle pour défaut de publicité, résultant, soit, spécialement, de l'in-

compétence de l'officier, soit, en général, des différents moyens matériels de notifier le mariage? L'affirmative, à nos yeux, n'est pas seulement certaine, mais évidente. Les textes concourent à l'établir, et elle a été successivement proclamée au Conseil d'État, au Tribunat et au Corps législatif.

Quant aux textes d'abord, c'est dans un même article (165), et par une disposition dont les termes n'ont rien de complexe, que la loi, antérieurement, a exigé que le mariage soit *célébré publiquement devant l'officier du domicile d'une des parties*. Elle n'a pas même dit *publiquement* ET *devant l'officier;* parce qu'il s'agissait, non pas d'ajouter une seconde idée à l'idée première, mais seulement de continuer cette idée première. Ici, c'est encore dans un même article qu'on prononce la nullité résultant de la violation de l'art. 165, et l'on parle d'un seul et même mariage non contracté publiquement, et non célébré devant l'officier compétent. Il est vrai qu'il y a deux membres de phrase au lieu du membre unique qu'emploie l'art. 165; mais nous allons voir que c'est là le reste d'une rédaction primitive qui favorisait le sens contraire et qui fut rejetée au Conseil d'État.

Voyons maintenant ce qui s'est passé lors de la confection de la loi.

Au Conseil d'État, notre article fut d'abord présenté avec une rédaction qui, sans être suffisamment explicite, favorisait cependant le système de la distinction des nullités. Cet article disait : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, ou qui n'a point été célébré devant, etc. » Cette rédaction, au moyen de la disjonctive *ou,* posait bien la distinction entre la nullité pour défaut de publicité, et celle pour incompétence de l'officier; elle prononçait l'annulation d'un mariage pour deux causes différentes : 1° quand ce mariage n'aurait pas été public; 2° quand il n'aurait pas été célébré par l'officier compétent. Or, qu'arriva-t-il? M. Rœderer critiqua cette rédaction, en présentant l'idée que la célébration devant l'officier compétent n'est qu'un des éléments de la publicité, en sorte que le mariage ne peut pas être public sans cette célébration. Son observation tendait donc à réunir les deux idées que la disjonctive *ou* séparait. En effet, après une observation de M. Tronchet, dans le sens de la séparation, c'est-à-dire dans le sens de la rédaction critiquée, on substitua à la disjonctive *ou,* sur la demande du premier opinant M. Rœderer, la conjonctive *et,* qui est restée dans l'article (Fenet, t. IX, p. 90).

Au Tribunat, le système de la nullité unique pour défaut de publicité fut également adopté; il est une circonstance qui nous en donne la preuve. En effet, l'art. 193 se réfère à l'objet entier de l'art. 165; il s'occupe de *toute contravention aux règles prescrites* par cet article. Il tombe donc sur les mots *devant l'officier civil,* etc., aussi bien que sur le mot *publiquement*. Or, cet art. 193 a été mis dans le Code, sur la demande du Tribunat, qui le rédigea lui-même tel qu'il est, dans le but *d'assurer,* fut-il dit, *l'observation des conditions proposées par la loi pour constater* LA PUBLICITÉ DU MARIAGE (*ibid.*, p. 124).

Au Corps législatif, enfin, ce système d'une nullité unique se reproduisit encore, non plus d'une manière virtuelle et implicite seulement, mais en termes exprès et positifs. Voici ce que dit, sur notre article, l'orateur du Gouvernement, M. Portalis : « *La plus grave* de toutes les nullités *est celle* qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré *publiquement et en présence de l'officier civil compétent*..., *témoin* nécessaire du contrat. » (*Ibid.*, p. 172.)

En vain M. Demolombe nous répond (III, 298) que l'art. 193, en parlant de contravention *aux règles* de l'art. 165, suppose bien les deux règles distinctes que nous confondons. Car la publicité (dont l'art. 165 pose le principe, unique dans son ensemble) se composant de règles multiples (non pas de deux seulement, mais d'un très-grand nombre), c'est évidemment à ces règles diverses que se réfèrent les mots *toute contravention aux règles*. Il ne s'agit pas seulement de deux règles, il s'agit de toute violation d'une des règles si nombreuses de la publicité.

II. — 667. Maintenant, de ce principe, que la loi, dans l'art. 165 d'abord, puis dans notre art. 191 qui n'en est que la sanction, n'entend parler que d'un principe unique, *la publicité*, dont la violation entraînerait nullité, il résulte une conséquence importante : c'est que l'art. 193, en reconnaissant que les contraventions à cet art. 165 pourront bien être jugées insuffisantes pour faire prononcer la nullité, laisse aux tribunaux une pleine discrétion, une entière latitude pour juger dans chaque cas particulier, et d'après les circonstances de chaque affaire, s'il y a eu ou non publicité suffisante pour maintenir le mariage (1).

Et, en effet, la publicité résultant de cent éléments divers, il eût été bien imprudent au législateur de déclarer clandestin, à l'avance et d'une manière absolue, le mariage pour lequel on aurait omis telle ou telle formalité. Ainsi, l'union célébrée par l'officier compétent, en présence de deux témoins seulement, au lieu de quatre, mais après des publications dans plusieurs communes; de même, celle pour laquelle aucune publication n'a eu lieu, parce que, par oubli, l'affiche rédigée n'a point été apposée, mais dont le projet était connu à l'avance de toute une ville; celle encore qui s'est formée devant un officier incompétent, mais pour laquelle tous les autres éléments de publicité se sont rencontrés; de telles unions ne devraient pas être annulées pour défaut de publicité. Il en serait de même du mariage auquel on reprocherait seulement d'avoir été célébré hors de la maison commune. La célébration dans la maison commune, exigée par l'art. 75, est encore un des éléments de la publicité et rentre dans le mot *publiquement* de l'art 165; et la preuve que cette circonstance ne serait point une cause de nullité, c'est que les mariages *in extremis*, prohibés par l'ancien droit, sont permis aujourd'hui (Fenet, t. IX,

---

(1) Paris, 5 janvier 1852 (Dev., 52, 2, 14; *J. Pal.*, 1, 355); Aix, 18 août 1870 (Dev., 72, 2, 69).

p. 164, 165), et que, dans ce cas, il faudra bien que l'officier se transporte au lit du moribond. Donc, dans ces diverses circonstances, il y aurait seulement lieu, d'après les art. 192 et 193, de prononcer contre les officiers en contravention une amende de 300 francs, et contre les parties une amende proportionnée à leur fortune. Cette amende est la seule sanction posée par la loi pour tous les cas dans lesquels le juge reconnaît en fait que la violation des règles de la publicité n'est pas assez grave pour faire annuler (1).

Or, il n'en est plus ainsi quant à la compétence de l'officier, s'il était vrai que la loi a entendu faire, pour le défaut de compétence d'un côté, et ensuite pour le défaut de publicité résultant d'autres éléments, deux causes distinctes de nullité. Dans ce cas, en effet, le pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux par l'art. 193 s'appliquerait bien encore pour l'une des deux causes de nullité, savoir, le défaut de publicité matérielle, parce que cette publicité ne pourrait toujours résulter que d'éléments multiples, qui ne permettraient de résoudre que par l'appréciation des faits la question de savoir si cette publicité a existé ou non; mais ce pouvoir discrétionnaire ne se comprendrait plus, ne serait plus possible, pour la seconde nullité, celle pour défaut de compétence. Car la compétence, et par suite l'incompétence, résulte partout et toujours d'une circonstance unique qui ne laisse pas de place à un choix. L'officier était ou n'était pas celui du domicile d'un des époux; donc, il était ou il n'était pas compétent; et il ne peut y avoir ici, quoi que dise M. Demolombe (*ibid.*), ni nuances ni degrés. Il faudrait donc, dans ce système des deux nullités distinctes, dire que le pouvoir discrétionnaire de l'art. 193 ne tombe que sur une de ces nullités, sur une partie seulement de notre article 191 et de l'art. 165, et reconnaître que, toutes les fois que le mariage aura été célébré par un officier incompétent, le tribunal sera forcé, si favorables que soient toutes les autres circonstances, de prononcer l'annulation (2).

Au contraire, quand la compétence de l'officier n'est plus qu'un des éléments qui vient s'ajouter aux autres éléments de publicité, pour former un principe unique à propos duquel la loi dit au juge : *Vous annulerez, si ce principe de publicité est suffisamment violé*, il est évident que la faculté laissée au juge existe pour cette compétence comme pour les autres éléments. Or, il est clair que c'est là le sens de la loi et que l'art. 193, dans la pensée du législateur, se réfère sans distinction à toutes les contraventions qui peuvent se réaliser contre les diverses règles prescrites par l'art. 165.

Donc, si l'on prend la théorie de deux nullités, il faut la présenter seulement *comme manière de parler*, et non pas comme principe dont on puisse déduire les conséquences; si l'on parle de deux nullités, il faut

---

(1) Jug. Langres, 5 février 1868 (Dev., 68, 2, 191).

(2) Jugé que l'incompétence de l'officier de l'état civil ne suffit pas à elle seule, et en l'absence de toute fraude, pour faire prononcer la nullité du mariage. Paris, 5 janv. 1852; Colmar, 27 fév. 1852 (Dev., 52, 2, 488; *J. Pal.*, 53, 1, 30).

dire que toutes deux sont facultatives et dépendent de l'appréciation des faits par le juge. C'est sous cette condition que cette théorie peut, sans inconvénient, être substituée, dans la doctrine, au système de nullité unique qui nous paraît consacrée par le Code.

668. Répétons ici, au surplus, ce que nous avons dit sous l'art. 170, n° II, que, dans le cas de mariages faits à l'étranger, le défaut de publications en France constitue à lui seul une absence de publicité suffisante pour motiver l'annulation du mariage; tandis que, quand le mariage se contracte en France, ce défaut de publications ne donnerait lieu qu'à l'amende prononcée par l'art. 192. On se rappelle également que la loi n'autorise la célébration du mariage des Français, par l'officier d'un pays étranger, que sous la condition, par chaque époux, de ne contrevenir à aucune disposition du chapitre Ier de notre titre. La contravention à quelques-unes de ces dispositions rend donc l'officier étranger incompétent pour procéder au mariage, et autorise l'annulation. Du reste, les contraventions possibles à ce chapitre Ier formant toutes les causes de nullité par elles-mêmes (impuberté, bigamie, défaut de consentement de la famille, inceste), à l'exception d'une seule, la non-réquisition du conseil des ascendants, il s'ensuit que la nullité pour incompétence ne présente une règle nouvelle, et ne produit un effet spécial que dans ce dernier cas.

III. — 669. La nullité, ou, pour parler comme tout le monde, les deux nullités de notre article, sont-elles susceptibles d'être couvertes par une cause quelconque? Le texte du Code est muet sur ce point; mais l'esprit de la loi commande de répondre affirmativement.

Sans doute, il ne peut pas être question ici d'une ratification émanant de la volonté des parties; mais, puisque les mariages dont il s'agit ne sont nuls que par le défaut d'une publicité antérieure ou contemporaine à la célébration, pourquoi la publicité suffisante donnée à ces mariages après la célébration, mais avant l'attaque dirigée contre eux, ne rendrait-elle pas cette attaque non recevable? La personne qui vient alors demander l'annulation d'un mariage s'appuie sur le seul fondement que ce mariage, par sa clandestinité, n'a pas eu les caractères d'un vrai mariage et n'a paru être que l'union illicite et passagère d'un homme et d'une femme. Comment donc cette personne verrait-elle admettre sa prétention, lorsque avant sa demande cette union a pris, aux yeux de tous, les signes certains d'un mariage véritable? Il nous paraît que le pouvoir discrétionnaire donné aux tribunaux par l'art. 193 pour l'appréciation des faits leur attribue tout naturellement le droit de puiser une fin de non-recevoir, contre l'action en nullité, dans la publique possession d'état des époux. Le cas le plus grave et le plus douteux serait assurément celui de la clandestinité par incompétence de l'officier public; eh bien! l'ancien droit, que notre Code ne contredit en rien sur ce point, admettait positivement la fin de non-recevoir pour ce cas, tellement que le ministère public lui-même ne pouvait plus agir quand une année s'était écoulée depuis le mariage. Passé ce délai, l'irrégularité était couverte (Pothier, n° 451).

Mais quand et par quels moyens y aura-t-il possession d'état suffisante d'époux légitime? après combien de temps une action en nullité devrait-elle être déclarée non recevable? C'est là, on le conçoit, un point de fait qui dépendrait des circonstances spéciales à chaque affaire, et pour lequel les tribunaux auraient une entière latitude.

IV. — 670. Il ne faut pas confondre les mariages *clandestins* proprement dits, c'est-à-dire nuls pour absence des conditions de publicité matérielle, avec les mariages simplement *secrets,* qui sont parfaitement valables. On appelle mariage secret celui qu'on est parvenu à cacher dans le monde, quoiqu'on l'ait contracté avec toutes les formalités voulues par la loi. Ainsi, que deux familles de Strasbourg partent ensemble, sous le prétexte d'aller faire un long voyage d'agrément, et qu'elles aillent se fixer dans une petite commune de Bretagne; que là, après six mois de résidence, un mariage soit célébré entre les deux familles, et qu'elles retournent ensuite à Strasbourg où la nouvelle épouse continuera de se présenter sous son nom de fille; il est clair que, dans cette ville, le public n'aura aucune connaissance de ce mariage, que les deux familles veulent tenir secret. Mais ce mariage n'en sera pas moins valable, et l'individu qui, après deux ans, quatre ans, dix ans ou plus, arriverait à le découvrir ne serait pas reçu à en demander la nullité. Dans l'ancien droit, les graves inconvénients que présentait la fréquence de ces mariages avaient porté le législateur à les priver des droits civils (*Déclar. du* 26 *nov.* 1639); mais notre législateur, comprenant que la cause de ces mariages (le préjugé de la distinction des castes et, par suite, la honte des mésalliances) avait disparu de nos mœurs, et qu'ils ne pourraient désormais se réaliser qu'avec une extrême rareté, leur a rendu toute leur efficacité. L'orateur du Gouvernement s'est expliqué dans ce sens au Corps législatif (Fenet, t. IX, p. 162, 163).

Bien entendu, la validité de ces mariages n'empêcherait pas le tiers avec qui un époux aurait passé un contrat que ce mariage ignoré rendrait désavantageux, de s'opposer à la réalisation des effets pécuniaires de ce mariage; car l'ignorance dans laquelle se trouvait le tiers est un fait imputable aux époux, et l'on est toujours responsable (art. 1382) du dommage que l'on cause par sa faute (*conf.* Agen 8 nov. 1832).

De même qu'il ne faut pas confondre le mariage clandestin, dont tous les intéressés peuvent demander la nullité, avec le mariage secret, parfaitement valable; de même il ne faut pas confondre l'*incompétence* de l'officier, qui rend le mariage annulable, avec l'absence *de tout officier,* qui serait un cas de non-existence du mariage, ainsi qu'on l'a dit dans les observations préliminaires de ce chapitre. On conçoit, en effet, que quand aucun fonctionnaire n'a reçu la déclaration de mariage, il peut bien y avoir tout au plus un contrat naturel, obligatoire aux yeux de la conscience, mais non pas un contrat civil, un mariage légal, existant aux yeux de la loi, arrière de laquelle ce pacte s'est formé.

192. — Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs; et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune.

193. — Les peines prononcées par l'article précédent seront encourues par les personnes qui y sont désignées, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.

N. B. — Les développements donnés sur l'art. 191 expliquent suffisamment ces deux derniers, qui n'en sont que les accessoires.

§ 2. — Des preuves de la célébration du mariage.

194. — Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil; sauf les cas prévus par l'article 46, au titre *Des Actes de l'état civil.*

SOMMAIRE.

I. De la preuve de la célébration du mariage. — Observation sur les expressions qu'emploient ici les auteurs.
II. Les moyens de preuve offerts à des intéressés autres que les enfants sont au nombre de trois.

I. — 671. Après avoir épuisé les causes d'annulation du mariage, la loi, dans cet art. 194 et dans les six articles suivants, s'occupe des moyens de prouver la réalité d'une célébration de mariage qu'on prétendrait ne pas avoir eu lieu.

La plupart des auteurs, Delvincourt, Toullier, M. Duranton, etc., en traitant la matière à laquelle nous arrivons, disent toujours qu'il s'agit là *de la preuve du mariage;* ceci n'est pas exact. Ce n'est pas la validité du mariage, ce n'est pas même son existence légale, qu'il s'agit de prouver par les moyens qu'indiquent ces articles; c'est uniquement le fait de la célébration. Or, il se peut, on le sait, que la célébration ait eu lieu et que cependant le mariage, non-seulement ne soit pas valable, mais même n'existe pas. Ainsi, que l'une des parties soit folle ou morte civilement (1), il y aura eu célébration, et pourtant le mariage n'existera pas. Sans doute, les explications que donnent ces auteurs conduisent définitivement à cette idée, et notre observation n'est qu'une affaire de mots; mais puisque les mots sont les signes des idées, pourquoi ne

(1) La mort civile est abolie.

pas les rendre aussi exacts que possible?... C'est donc uniquement de la preuve *de la célébration* qu'il s'agit dans nos sept articles. Quant aux questions qui peuvent s'élever sur l'existence même du mariage, sur la formation du contrat (par exemple, si l'on prétend qu'il y avait folie, mort civile (1), ou que la prétendue femme était un homme, etc.), ou bien sur la validité de ce contrat (bigamie, inceste, incompétence de l'officier, etc.), elles ne sont point l'objet de règles spéciales; les faits allégués de part et d'autre se prouveraient, comme dans toutes les affaires, soit par actes, soit par témoins, soit par l'un et l'autre moyen, selon les cas.

Les preuves autorisées par la loi pour établir la célébration d'un mariage sont différentes, selon que la réalité de cette célébration est invoquée par les enfants issus du prétendu mariage, ou par tous autres. Quand les réclamants sont d'autres que les enfants, et tout d'abord, quand ce sont les époux eux-mêmes, trois moyens de preuve leur sont offerts selon le cas dans lequel on se trouve. Quand il s'agit d'enfants, outre ces trois moyens offerts à eux comme à tous autres, la loi en permet un quatrième qui va nous être indiqué par l'art. 197.

Arrivons maintenant au texte de notre article, qui ne parle que des époux, mais dont la disposition, nous le répétons, s'applique également à tous les intéressés.

II. — 672. Toute personne qui réclame le titre d'époux et les effets de ce titre n'a, disons-nous, que trois moyens d'établir la célébration du mariage qu'elle invoque.

Le premier, qui se présente tout naturellement et pour les cas ordinaires, c'est de rapporter l'acte même de célébration du mariage régulièrement inscrit sur les registres de l'état civil. Le second consiste à prouver par témoins, conformément à la règle générale de l'art. 46, 1° que l'acte a été détruit, supprimé, rendu illisible, ou non rédigé par suite de la non-tenue des registres, ou de l'interruption de cette tenue à l'époque de la célébration; et 2° que cette célébration a vraiment eu lieu. On se rappelle que, pour être admis à prouver ces deux faits par témoins, il faut qu'il apparaisse un fait-matériel qui rende déjà vraisemblable la prétention soulevée : la non-existence des registres de l'année, la destruction ou la détérioration d'un ou de plusieurs feuillets, ou des blancs attestant une interruption de rédaction (art 46, nos I, II et III). Du reste, on sait que l'art. 46 admet, pour les hypothèses qu'il suppose, la preuve testimoniale pure, et qu'il n'est pas nécessaire alors, comme dans certaines circonstances, que les témoignages, pour être recevables, s'appuient sur une écriture donnant déjà un commencement de preuve. Ces deux moyens sont indiqués par notre art. 194. Le dernier moyen offert aux prétendus époux de prouver la célébration de leur union est présenté par la loi pour le cas où l'acte a été mis hors d'état de servir aux ayants droit, par un délit, soit de l'officier public, soit de tout autre. On peut alors rétablir la preuve de la célébration au

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

moyen de l'action intentée contre le coupable ou ses héritiers (art. 198, 199 et 200). Que si le crime consistait à avoir rendu l'acte illisible ou à l'avoir supprimé en enlevant un feuillet du registre, on rentrerait dans le cas précédent, puisqu'il existerait des traces matérielles permettant d'appliquer l'art. 46. On pourrait donc choisir alors entre le moyen de cet art. 46 et celui de l'art. 198.

Ainsi, la représentation même de l'acte, ou bien, dans les cas extraordinaires, l'application de la règle posée par l'art. 46, ou de la disposition spéciale de l'art. 198 ; voilà les seuls moyens offerts aux époux prétendus. Ils ne pourraient pas, et l'article suivant le déclare positivement, venir dire qu'ils ne se rappellent pas où le mariage a été célébré, mais que ce mariage est suffisamment prouvé par leur longue et publique possession d'état d'époux légitimes. Un époux, en effet, ne peut pas oublier le lieu de son mariage; et, quant à la possession d'état, il est trop facile de s'en procurer une fausse.

Et quand même les époux prétendraient, et offriraient de prouver, que leur mariage a vraiment été célébré en tel endroit, à telle époque, par tel officier de l'état civil qui n'a pas eu le soin d'en dresser l'acte; si le registre ne présentait aucun blanc, aucune interruption, comme alors on ne serait pas dans le cas de l'art. 46, et qu'on ne serait pas non plus dans le cas de procès criminel prévu par l'art. 198, les réclamants ne devraient pas être admis à faire cette épreuve. C'était à eux de veiller à ce que l'acte fût rédigé par l'officier : *Vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus.*

195. — La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

196. — Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.

SOMMAIRE.

I. C'est la nullité de l'acte et non la nullité du mariage que couvre la possession d'état; erreur de la jurisprudence. — Renvoi à l'art. 191.
II. C'est seulement par les époux que l'acte ne peut être critiqué.
III. L'article ne s'applique point au cas d'un acte rédigé sur une feuille volante.

I. — 673. Cet article a souvent été mal compris par la jurisprudence. De nombreux arrêts décident que son objet est d'empêcher les époux de demander la nullité *de leur mariage*, quand il y a titre et possession d'état (1); et M. Demolombe (III, 328) adopte cette doctrine. Or, rien n'est plus inexact : l'art. 196 ne dit pas cela, et il ne pouvait pas le dire.

D'abord, il ne le dit pas : les art. 194, 195, 196 et 197 ne s'occu-

(1) Notamment : Colmar, 25 janvier 1823; Rej., 23 août 1823; Nancy, 30 mai 1826; Paris, 23 janvier 1832; Rej., 12 février 1833 (Dev. et Car., 1833, I, 195).

peut pas *du mariage,* mais seulement *de l'acte* destiné à prouver le fait de la célébration : « Nul, dit l'art. 194, ne peut réclamer le titre d'époux, s'il ne représente *un acte de célébration...;* la possession d'état, continue l'art. 195, ne peut dispenser les prétendus époux de représenter *cet acte de célébration...;* mais lorsqu'il y a possession d'état, dit notre art. 196, et que l'acte de célébration est représenté, les époux sont non recevables à demander la nullité *de cet acte;* si pourtant, ajoute l'art. 197, il s'agit des enfants de deux personnes qui ont eu la possession d'état d'époux, que ces enfants aient eux-mêmes la possession d'état d'enfants légitimes, que leur acte de naissance ne contredise pas cette possession, et que les prétendus époux soient morts, alors, on ne pourra pas contester la légitimité de ces enfants pour le seul défaut de représentation de *l'acte de célébration.* » Ainsi donc, l'acte, toujours l'acte, rien que l'acte; c'est là l'unique objet de ces articles... L'art. 196 signifie tout simplement que, si graves que soient les irrégularités d'un *acte* de mariage, *cet acte* ne peut pas être critiqué par les époux lorsqu'il est confirmé par une possession d'état conforme. Mais l'article se garde bien de dire qu'on ne pourra pas attaquer *le mariage*... Et, en effet, il ne pouvait pas le dire. Voyez donc... qu'un frère épouse sa sœur, ou qu'un homme déjà marié épouse une seconde femme, et que plusieurs années s'écoulent ensuite : est-ce que ces époux ne pourront pas demander la nullité de leur mariage entaché d'inceste ou de bigamie, par le curieux prétexte qu'il y a possession d'état et un acte conforme?... Eh! mon Dieu, que prouve cette réunion de l'acte et de la possession? que le mariage a été réellement célébré! Mais personne n'en doute; et c'est parce que ce mariage a été réellement célébré qu'on demande à le faire casser.

C'est dans les art. 180 à 193, que le Code s'occupe des nullités *du mariage,* de leurs causes, des personnes qui peuvent les invoquer, des circonstances qui peuvent les couvrir. Dans les art. 194 et suiv., il ne s'agit plus de cela; il n'est plus question que de l'*acte,* du *procès-verbal* inscrit sur les registres, et constatant le fait d'une célébration; et l'art. 196 nous dit que, quand même *un acte* de mariage serait assez irrégulier pour n'avoir aucune force probante dans d'autres circonstances, cet acte aura force entière contre les époux, s'il est corroboré par une possession d'état conforme. Mais si cette possession d'état empêche alors les époux de prétendre que l'acte ne prouve rien et qu'un mariage n'a pas été célébré, elle ne les empêche pas de prétendre que ce mariage, réellement célébré à telle époque, comme le dit l'acte, est nul, lui, le mariage, pour telle ou telle cause.

On s'étonne de voir que tant d'arrêts, et un jurisconsulte aussi distingué que M. Demolombe, aient pu tomber dans une erreur aussi manifeste, et que la simple lecture du Code réfute de la manière la plus claire (1).

---

(1) Jugé que l'art. 196 s'applique même au cas d'un mariage célébré à l'étranger,

Il est seulement un cas particulier où la nullité du mariage lui-même serait couverte par la possession d'état, non pas en vertu de notre article, mais d'après les principes généraux du droit. Ce cas est celui du défaut de publicité (art. 491, n° III), ce qui comprend le défaut de publicité proprement dite, et aussi l'incompétence de l'officier civil (*ibid.*, n° I).

II. — 674. Du reste, ce n'est pas absolument que l'acte de mariage non régulier devient inattaquable au moyen de la possession d'état; c'est seulement par rapport aux époux. La loi ne dit pas d'une manière absolue que la nullité de l'acte ne pourra plus être demandée; elle dit seulement que les époux seront non recevables à la demander. Ainsi, l'un des époux ne pourrait, ni contre son conjoint, ni contre des tiers, prétendre, dans ce cas, la nullité de l'acte de mariage; mais les tiers, au contraire, pourraient très-bien l'invoquer contre les époux ou l'un d'eux. On conçoit que la loi ne veuille pas donner à la possession d'état autant d'effet contre les tiers que contre les époux dont elle est l'œuvre. Les tribunaux resteraient donc libres de juger, selon les circonstances, que, malgré la possession d'état, l'acte irrégulier n'est pas suffisant pour établir la célébration contre un tiers intéressé à la nier (1).

III. — 675. C'est une question que de savoir si notre article s'applique même au cas d'un acte rédigé sur une feuille volante. Delvincourt et Toullier enseignent l'affirmative; mais nous croyons, comme M. Duranton, que c'est là une erreur. En effet, d'après la disposition de l'art. 52, une rédaction sur feuille volante, ou partout ailleurs que sur les registres à ce destinés, ne constitue point un acte de l'état civil; donc, on n'est pas alors, comme le suppose notre article, dans le cas d'un acte irrégulier. L'enchaînement des art. 194, 195 et 196 prouve d'ailleurs cette pensée de la loi. Elle nous dit dans l'art. 194: Nul ne peut réclamer le titre d'époux sans représenter un acte de célébration *inscrit sur le registre;* la possession d'état, continue l'article 195, ne peut dispenser de représenter cet acte; enfin, lorsqu'il y a, dit l'art. 196, possession d'état, et que l'acte est représenté, cet acte ne peut être critiqué par les époux. On le voit, c'est toujours du même acte, de l'acte inscrit sur le registre qu'il s'agit.

Du reste, dans ce cas de rédaction sur une feuille volante, l'époux contre lequel on contesterait l'existence du mariage pourrait prouver cette existence au moyen d'un procès criminel contre l'officier rédacteur, ainsi que nous le verrons en expliquant l'art. 198.

197. — Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement

---

alors même qu'il l'aurait été devant un ministre du culte ayant qualité pour procéder à la célébration des mariages, et que l'acte de mariage ne serait pas revêtu des visas voulus par la loi. Cass., 8 nov. 1853 (Dev., 56, 1, 17; *J. Pal.*, 55, 2, 225).

(1) *Conf.* Demolombe (*Mar.*, I, n° 327); Aubry et Rau (IV, § 467, p. 107); Lyon, 4 avril 1867 (Dev., 67, 290).

comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.

SOMMAIRE.

I. Quatrième moyen d'établir la célébration du mariage. — Il n'est ouvert que pour les enfants des prétendus époux.

II. Il n'est même pas nécessaire que les père et mère soient morts; il suffit que l'enfant ne puisse pas se faire renseigner par eux.

III. Dans le cas de l'article, la légitimité de l'enfant peut toujours être combattue par d'aures motifs que le défaut de présentation de l'acte. — En quoi consiste la possession d'état.

I. — 676. Les trois moyens par lesquels les deux époux peuvent administrer la preuve de la célébration de leur union, savoir : pour les cas ordinaires, la présentation de l'acte de célébration; et, pour les cas extraordinaires, la preuve testimoniale de l'art. 46, ou la procédure criminelle prévue par l'art. 198, ces trois moyens, disons-nous, peuvent être employés par les enfants ou par toute personne intéressée à établir le fait de cette célébration, aussi bien que par les époux eux-mêmes. Mais, en outre de ces trois moyens offerts à tous les intéressés, la loi en présente ici un quatrième, qui est tout spécial pour les enfants, et qui, introduit en faveur de la légitimité, ne peut jamais être invoqué que par eux. Ce moyen, qui n'est applicable que quand il y a pour l'enfant impossibilité matérielle de se faire renseigner par ses père et mère, sur l'époque et le lieu de la célébration du mariage, consiste dans la possession publique de l'état d'enfant légitime, confirmée par la possession d'état d'époux chez les père et mère, et non contredite par l'acte de naissance (1).

Ainsi, quand l'enfant né de Titius et de Marie a toujours porté le nom de Titius, que partout et toujours il a été traité, par eux et par leur famille, comme leur enfant légitime, et qu'il a passé constamment pour tel dans le monde; quand, en outre, Titius et Marie ont eux-mêmes été traités et regardés comme époux légitimes, il y a là, aux yeux de la loi, au profit de cet enfant, une présomption de légitimité qui tiendra jusqu'à la preuve contraire, pourvu, bien entendu, que l'acte de naissance de l'enfant ne vienne pas contredire cette présomption. Si, en effet, l'acte de naissance déclarait positivement l'enfant fils naturel de Titius et de Marie, ou né de Marie non mariée et d'un père inconnu, ce démenti donné par un acte à la possession d'état de l'enfant et de ses auteurs, ferait évanouir la présomption que la loi voulait bien tirer de cette double possession d'état.

(1) Pour établir sa légitimité, l'enfant issu de père et de mère décédés et dont l'acte de mariage n'est pas représenté, doit à la fois justifier de sa possession d'état d'enfant légitime et prouver que ses père et mère avaient la possession d'état d'époux, c'est-à-dire ont vécu publiquement comme mari et femme; une seule de ces deux preuves ne suffirait pas. Cass., 19 juin 1867 (Dev., 67, 1, 345); Cass., 18 mars 1868 (Dev., 68, 1, 205; *J. Pal.*, 1868, 511); Lyon, 28 mai 1869 (Dev., 70, 2, 14).

II. — 677. Du reste, cette possession d'état de l'enfant, confirmée par la possession d'état de ses auteurs et non contredite par son acte de naissance, ne devient pour lui une preuve suffisante et ne le dispense de la preuve ordinaire et régulière (la présentation de l'acte de mariage) que quand il y a pour l'enfant impossibilité de se faire renseigner par ses auteurs sur l'époque et le lieu de la célébration.

Ainsi, quand le père et la mère sont morts, c'est le cas pour l'enfant d'invoquer ce moyen extraordinaire de preuve. Mais le cas de mort des deux auteurs n'est pas le seul auquel l'article puisse s'appliquer; si ma mère est atteinte de folie et que mon père soit déclaré absent, il est bien clair que je ne puis pas obtenir d'eux plus de renseignements que si tous deux étaient morts. Si donc la loi a spécialement parlé du décès, c'est que cette cause de privation de renseignements était la plus ordinaire, la plus naturelle à prévoir; la loi, ici comme dans cent autres circonstances, a parlé *de eo quod plerumquè fit*. Il est donc permis de s'étonner que M. Zachariæ, reproduisant l'idée de Merlin (*Rép.*, vº Légitimité, sect. 1, § 2, quest. 2 et 3), tienne rigoureusement à la condition du décès (t. III, p. 222), d'autant plus que lui-même, sur les deux art. 199 et 200 auxquels nous allons arriver, enseigne, avec beaucoup de raison, que les mots : *Sans avoir découvert la fraude*, sont mis pour ceux-ci : *Sans avoir intenté l'action*; et que ceux-ci : *Si l'officier public*... signifient : *Si l'auteur quelconque du crime*... La règle d'interprétation est exactement la même dans notre cas que dans les deux autres, et entendre notre article autrement, c'est évidemment étouffer l'esprit de la loi sous la lettre (1).

Mais il faut, pour ne pas dépasser l'esprit de la loi, et si l'on ne veut pas faire de l'arbitraire, se restreindre au cas où il y a impossibilité physique et absolue d'obtenir le renseignement des auteurs. Ainsi, l'enfant qui, après le décès d'un de ses auteurs, invoquerait les effets du mariage par lui prétendu, contre le survivant qui, lui, nierait la célébration du mariage, ne pourrait pas se prévaloir du moyen de preuve offert par notre article (2). En vain on dirait que le père ou la mère étant morte, et l'autre devenant l'adversaire de l'enfant, il y a

---

(1) *Sic :* Maleville (I, p. 210); Toullier (II, 877); Delvincourt (t. I); Duranton (II, 255); Vazeille (I, 214); Valette (sur Proudhon, II, p. 75); Bonnier (nº 128); Allemand (I, 440); Demolombe (III, 396). — M. Demolombe cite Delvincourt comme professant la doctrine contraire avec Merlin et M. Zachariæ; mais c'est une erreur. Il est vrai que Delvincourt, et c'est là ce qui paraît avoir causé la méprise de M. Demolombe, emploie toute son explication à prouver qu'il y a nécessité que les père et mère soient morts tous deux; mais ce que Delvincourt combat ainsi, c'est uniquement l'idée, évidemment fausse en effet, qu'il pourrait suffire de la mort d'*un seul* (l'autre étant en état de donner des renseignements). Quant à cette autre idée, que la démence ou l'absence des deux parents doivent produire le même effet que le décès, il l'admet comme nous; car, après avoir dit qu'il faut que les parents soient décédés tous deux, il ajoute, dans une parenthèse que n'a sans doute pas remarquée M. Demolombe, qu'il en serait de même *s'ils étaient dans l'impossibilité de manifester leur volonté*, putà, *en état de démence*. — *Contrà :* Aubry et Rau (t. IV, § 452 *bis*, note 17). Paris, 21 juin 1853 (Dev., 53, 2, 375; *J. Pal.*, 53, 2, 522).

(2) Mais l'art. 197 recevrait son application, si le survivant des deux époux pendant l'existence duquel l'instance avait été introduite venait à décéder postérieurement au jugement et en cause d'appel. Metz, 2 mars 1870 (Dev., 70, 2, 269).

complète impossibilité d'avoir un renseignement soit de l'un, soit de l'autre. Le cas est loin d'être le même. La négation positive d'un père qui avoue lui-même sa honte, qui vient briser ainsi la double possession d'état qu'il avait faite à lui-même et à son enfant, est une chose trop grave pour ne pas détruire la fragile présomption que la loi voulait bien tirer de cette possession d'état. On ne peut pas poser comme principe, la loi ne pouvait pas consacrer comme règle, qu'un père, qu'une mère viennent ainsi, par plaisir ou par intérêt pécuniaire, briser l'honneur de leur enfant et leur honneur en même temps. En deux mots : la loi pose le cas du décès des deux parents ; la raison commande d'y joindre les cas vraiment analogues, c'est-à-dire l'impossibilité pour tous deux d'exprimer leurs idées ; mais aller plus loin, ce ne serait plus interpréter la loi, ce serait la faire (*conf.* Paris, 20 mai 1808 ; Toulouse, 24 juin 1820 ; même Cour, 24 juillet 1826).

678. Il est inutile de dire que, par le décès des époux, la loi entend leur mort naturelle et non pas *leur mort civile* (1), la mort civile n'empêche pas de donner un renseignement.

Ainsi, quatre conditions sont nécessaires à l'enfant pour que la célébration soit prouvée à son profit au moyen de notre article : 1° qu'il soit dans l'impossibilité physique d'obtenir des renseignements d'aucun de ses deux auteurs ; 2° qu'il jouisse de la possession d'état d'enfant légitime ; 3° que ses deux auteurs aient, ou aient eu, pendant leur vie, la possession d'état d'époux ; 4° que sa possession d'état ne soit pas démentie par son acte de naissance.

III. — 679. Mais si, au moyen des quatre conditions ci-dessus, la légitimité de l'enfant, c'est-à-dire sa descendance de deux individus vraiment mariés, se trouve suffisamment établie, ce n'est que jusqu'à preuve contraire. Les adversaires de l'enfant seraient toujours admis à prouver ou que le mariage qui est présumé avoir été célébré ne l'a cependant pas été ; ou que ce mariage, dont la célébration a vraiment eu lieu, ne pouvait pas avoir d'existence légale, vu la mort civile d'une des parties (2), ou bien qu'il était entaché de nullité, pour bigamie, par exemple. Notre article, en effet, ne dit pas et ne pouvait pas dire que la réunion des circonstances dont il parle rendrait le mariage inattaquable, ou même prouverait péremptoirement sa célébration ; il dit seulement qu'alors la légitimité, et, dès lors, la célébration du mariage, qui est un de ses éléments, ne pourront pas être contestées *sous le seul prétexte du défaut de présentation de l'acte*. Cette légitimité pourra donc être toujours contestée pour toute autre raison (3).

(1-2) La mort civile est abolie par la loi du 31 mai 1854.

(3) Jugé que l'art. 197 peut être invoqué par les héritiers des enfants dont la légitimité est contestée aussi bien que par ces enfants eux-mêmes. Nîmes, 18 juin 1860 (Dev., 61, 2, 325 ; *J. Pal.*, 61, 1194).

Il ne suffirait pas pour contester la légitimité d'un enfant qui, ne représentant pas l'acte de mariage de ses père et mère décédés, se prévaut de sa possession d'état d'enfant légitime, d'établir que l'un des auteurs de cet enfant avait précédemment contracté mariage ; il faut encore justifier de l'existence de ce mariage au moment de la conception de l'enfant. Cass., 7 avril 1869 (Dev., 69, 1, 250).

680. Ce que nous avons dit au dernier alinéa du n° I explique suffisamment en quoi consiste la possession d'état. Cette possession d'état peut se définir : Le droit résultant de la notoriété que produit un ensemble de faits tendant tous à prouver la qualité dont une personne jouit dans une famille et dans la société. Pour l'épouse et pour l'enfant, elle résulte de trois éléments : *Nomen, tractatus, fama;* d'abord *nomen*, avoir porté le nom de l'époux ou du père; *tractatus*, avoir été traités comme épouse ou comme enfant légitime dans la maison et dans la famille; *fama*, avoir passé pour tels aux yeux de tous. Pour l'époux, le premier des trois éléments, *nomen*, n'a plus lieu; ou bien il consisterait, si l'on veut, à *avoir donné* son nom à l'épouse.

198. — Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage.

SOMMAIRE.

I. Troisième moyen général, déjà indiqué, de prouver la célébration du mariage.
II. Les mots procédure criminelle sont pris ici dans leur sens générique.
III. Il n'est pas nécessaire que les intéressés se soient portés parties civiles.

I. — 681. Cet article et les deux suivants s'occupent du troisième moyen offert par la loi à tous les intéressés, de prouver la célébration d'un mariage : il s'agit du cas où l'acte qui devait être la preuve ordinaire et naturelle de cette célébration a été mis, par un délit, hors d'état de servir aux intéressés. Ainsi, l'officier public, en rédigeant l'acte, a mis des noms ou qualifications qui ne sont pas celles des parties, et qui font que cet acte ne paraît pas applicable à ces parties; ou bien, il a rédigé l'acte sur une feuille volante; ou bien, après avoir été rédigé régulièrement, l'acte, au moyen de quelques changements de lettres, a été tellement dénaturé, qu'il semble aujourd'hui ne pas appartenir aux époux; ou bien il a été raturé de manière à ne pouvoir plus être lu, ou encore supprimé par la lacération du feuillet qui le contenait. Dans le cas de rédaction sur une feuille volante, il y a simple délit donnant lieu contre l'officier public à une poursuite correctionnelle (C. pén., art. 192); dans les autres cas, il y a crime devant amener le coupable, quel qu'il soit, sur les bancs de la cour d'assises (C. pén., art. 145, 146, 147, 173, 255). Or, dans tous ces cas, le jugement qui interviendra peut, en constatant le crime, établir le fait de la célébration; et la loi permet alors aux parties intéressées de prendre comme preuve légale de cette célébration, en remplacement de l'acte primitif, le jugement, qui devra, à cet effet, être inscrit sur les registres de l'état civil de l'année, à la diligence de ces parties. Et, bien entendu, ce ne sera pas seulement à compter du jour de l'inscription que la preuve de la célébration se trouvera ainsi rétablie; ce sera à partir

de cette célébration même, et comme si l'acte avait toujours été intact.

Puisque ce jugement, par son inscription sur les registres de l'état civil, devient l'équivalent de l'acte de mariage, il faudrait donc bien se garder de prendre à la lettre ces mots de notre article, que cette inscription *assure au mariage tous les effets civils*. Il serait très-possible, en effet, que la célébration eût eu lieu et que l'acte qui en a été dressé eût été rédigé dans des circonstances telles qu'aucun effet civil ne fût assuré au mariage; or, le jugement inscrit sur les registres aura ni plus ni moins d'efficacité que n'en aurait eu l'acte de célébration. Il fallait donc se contenter de dire que ce jugement ferait preuve légale de la célébration.

II. — 682. Nous venons de dire que notre article s'applique aussi bien au cas d'un jugement correctionnel qu'à celui d'un arrêt de cour d'assises. En effet, quoique rigoureusement les méfaits soient rangés en trois classes : 1° les contraventions, attribuées aux tribunaux de simple police; 2° les délits, dont connaissent les tribunaux correctionnels; et 3° les crimes, réservés aux cours d'assises; cependant l'adjectif *criminel*, outre le sens spécial que lui donne cette qualification, a aussi un sens générique qui embrasse les trois classes indistinctement : c'est ainsi qu'on parle du *droit criminel*, des *lois* et des *matières criminelles*, et que nous avons le Code d'*instruction criminelle*. D'ailleurs, les circonstances historiques de la rédaction de notre article ne laissent aucun doute là-dessus.

Dans le projet présenté au Conseil d'État, le point qui nous occupe était prévu par deux articles. Le premier portait : « S'il existe un acte de célébration qui n'ait été rédigé que sur une feuille volante, l'officier civil doit être poursuivi *criminellement*, tant par les époux que par le commissaire du Gouvernement; » puis le second ajoutait : « Si la preuve d'une célébration légale se trouve acquise par l'événement *de la procédure criminelle*, l'inscription, etc. » Le premier de ces articles fut rejeté, sur cette réflexion de M. Thibaudeau que cet article ne faisait que répéter inutilement ce qu'avait déjà dit l'art. 52; et notre article, qui d'abord ne se rapportait qu'au cas de rédaction sur une feuille volante, se trouva ainsi généralisé, et reçut plus tard, au lieu de ces mots : « par l'événement *de la* procédure criminelle, » ceux-ci : « par le résultat *d'une* procédure criminelle. » (Fenet, t. IX, p. 95.) Loin donc que la poursuite simplement correctionnelle à laquelle donne lieu la rédaction sur une feuille volante ne rentre pas dans notre article, elle est, au contraire, celle dont il se préoccupe surtout, la seule à laquelle il s'appliquait d'abord. Et, en effet, comment le législateur du Code civil aurait-il pu soumettre la signification de son texte aux qualifications et et classifications d'une législation criminelle qui n'existait pas encore, les deux Codes d'instruction criminelle et pénal n'ayant été faits que cinq ans plus tard?... (*Conf.* Valette sur Proudh., II, p. 105; Demolombe, III, n° 409.)

III. — 683. Mais faut-il, pour l'application de notre article, que les intéressés se soient portés parties civiles dans le procès criminel?

Nous avions, dans nos précédentes éditions, sous l'art. 199, enseigné l'affirmative, adoptée depuis nous par M. Demolombe (III, 419), tandis qu'elle est repoussée par M. Valette (p. 106). Nous nous fondions sur ce que les conditions exigées par l'art 1351 pour constituer la chose jugée, notamment l'identité des parties, n'existent pas à défaut d'intervention des personnes intéressées, et que le jugement criminel est alors pour ces personnes *res inter alios judicata,* puisque le ministère public, qui représente, il est vrai, la société tout entière, ne la représente que quant à la vindicte publique et nullement quant aux questions relatives à l'intérêt privé de tel ou tel. Mais nous avons ensuite reconnu et réfuté cette doctrine, sous l'art. 1351, n° XV, où, tout en prouvant qu'il n'y a, dans ce cas, ni l'identité des parties (comme l'admet à tort M. Valette), ni l'identité d'objet, nous établissons qu'il y a néanmoins chose jugée, attendu que les conditions de l'art. 1351 ne sont exigées que pour des décisions civiles. C'est donc avec raison que notre article ne distingue pas si les époux ou autres intéressés se sont ou non constitués parties civiles.

199. — Si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et par le procureur de la République.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de l'article.
II. Il ne s'agit pas là de l'action criminelle, mais de l'action civile en réparation du dommage causé par le crime.
III. L'action passe aux représentants de chaque époux toutes les fois que celui-ci meurt sans l'avoir intentée.
IV. Le procureur de la République, sauf le cas de l'article suivant, ne peut pas intenter l'action civile. Il peut toujours intenter l'action publique.
V. Il n'existe point d'antinomie entre notre article et l'art. 327.

I. — 684. Cet article est fort mal rédigé. S'il était pris à la lettre, il en résulterait plusieurs propositions aussi fausses les unes que les autres. Ainsi, 1° l'action criminelle, l'action tendant à l'application de la peine, pourrait toujours être intentée par les époux et ne pourrait même l'être que par eux, tant qu'ils vivent tous deux; 2° l'un d'eux étant mort avant la découverte de la fraude, cette action pourrait être intentée par toute personne intéressée à la validité du mariage; 3° c'est seulement sous cette même condition qu'elle pourrait l'être par le procureur de la République; 4° enfin, si les époux étaient morts tous deux, après avoir connu la fraude, mais sans avoir agi, le procureur de la République ne pourrait, pas plus après leur mort que pendant leur vie, faire punir le délit ou le crime, et les enfants ou tous autres intéressés n'auraient aucun moyen d'obtenir un jugement qui remplaçât pour eux l'acte de célébration. Eh bien! de tout cela, il n'en est rien; pas une seule de ces propositions n'est vraie.

Les nombreuses erreurs qui résulteraient de cet article entendu littéralement proviennent de deux causes : d'abord, la confusion, l'iden-

tification, faite par l'article, de l'action criminelle avec l'action *civile* tendant à la réparation du dommage causé par le crime; puis l'emploi des mots *sans avoir découvert la fraude*, lesquels sont mis pour ceux-ci, *sans avoir intenté l'action*.

II. — 685. Nous avons déjà expliqué, sous l'art. 31, n° III, la différence qui existe entre l'action criminelle tendant à l'application de la peine que mérite le crime, et l'action civile tendant à la réparation du dommage matériel ou moral que ce crime a causé à un ou plusieurs individus. L'action criminelle ne peut jamais être intentée que par le ministère public, et elle peut *toujours* l'être par lui; l'action civile ne peut l'être que par la personne ou les personnes intéressées. L'action criminelle ne se poursuit jamais que devant les tribunaux criminels. L'action civile, en principe rigoureux, ne pourrait être poursuivie que devant les tribunaux civils; mais, pour plus de célérité et d'économie, elle peut l'être aussi devant les tribunaux criminels concurremment avec l'action criminelle, en sorte qu'il y a alors simultanément action de la partie publique et action de la partie civile. En matière criminelle proprement dite, c'est-à-dire devant les cours d'assises, la partie civile ne peut que joindre son action à celle déjà intentée par le ministère public; en matière correctionnelle, au contraire, elle peut citer directement le prévenu pour débattre avec lui la question du dommage causé, sauf au ministère public à requérir, s'il le juge à propos, l'application de la peine. (C. d'instr. crim., art. 1, 2, 3 et 182). — Par *action criminelle*, notre article veut dire *action dirigée au criminel* (civilement, par les parties intéressées, et criminellement par le procureur de la République.

Ainsi, d'abord, pour les différents crimes ou délits relatifs aux actes de l'état civil, comme pour tous autres crimes ou délits, et spécialement pour les méfaits qui ont mis un acte de mariage hors d'état de servir, le procureur de la République, malgré ce que semble dire notre article, peut toujours agir, aussi bien du vivant des époux qu'après leur mort; l'action pour l'application de la peine peut toujours et sans aucune condition être intentée par lui et ne peut jamais l'être que par lui.

Quant à l'action civile en réparation du dommage qu'a causé le méfait, elle ne peut pas, en principe, être intentée par le procureur de la République, mais seulement par les parties intéressées. Ici, cependant, nous allons voir l'article suivant apporter un changement à ce principe général, et non-seulement permettre, mais ordonner dans la crainte d'une collision entre les adversaires, que l'action civile soit intentée par le procureur de la République et non par les parties intéressées, lorsque le coupable est mort et que l'action s'intente contre les héritiers. Mais, dans tous les autres cas, et même ici, tant que c'est le coupable qui est poursuivi, l'action civile, tendant au rétablissement de la preuve de la célébration du mariage, ne peut être intentée que par les parties intéressées; et voici maintenant dans quel ordre elle peut l'être pour le cas de nos articles.

III. — 686. Tant que les deux époux sont vivants, eux seuls peuvent agir. Ni leurs enfants, ni d'autres parents, ni leurs créanciers ne le peuvent. Eux seuls sont, quant à présent, les vrais intéressés; car leur intérêt absorbe et représente l'intérêt de tous autres, et, s'ils se taisent, nul autre n'a le droit de se plaindre à leur place. C'est pour cela que notre article n'attribue l'action à d'autres que ces époux, que quand l'un, au moins, de ces époux est mort. Une fois qu'un des époux est mort, les enfants ou d'autres parents, ses héritiers ou ses créanciers, en un mot, toute personne intéressée à venir, du chef du défunt, soutenir la validité du mariage et prouver tout d'abord sa célébration, peut intenter l'action, et il n'est pas nécessaire pour cela que cet époux soit mort avant d'*avoir découvert la fraude;* il suffit qu'il soit mort avant d'avoir intenté l'action, laquelle, si elle avait été intentée par le défunt, décédé ensuite pendant l'instance, serait continuée par ces personnes intéressées.

Si l'époux, en effet, après avoir découvert la fraude, est mort avant d'avoir eu le temps de se mettre en mesure d'agir, ou quand même un âge avancé, ou la crainte des embarras d'une affaire l'aurait fait rester longtemps dans l'inaction, ce n'est pas une raison pour que les autres intéressés ne puissent pas agir après lui. Si la loi, dans notre article, avait voulu dire que l'action serait éteinte au moyen du silence gardé par l'époux en connaissance de cause, elle aurait indiqué un délai quelconque après lequel cet effet aurait été produit; elle n'aurait pas dit d'une manière absolue : « Si l'époux est décédé *sans avoir découvert la fraude* »; ce qui éteindrait l'action dans le cas même où le décès arriverait huit jours ou trois jours seulement après la découverte : un pareil résultat est évidemment impossible à admettre. Si donc la loi a dit *sans avoir découvert la fraude,* c'est, comme elle l'a fait déjà dans l'art. 197, et comme elle va le faire encore dans l'art. 200, en se préoccupant *de eo quod plerumquè fit;* parce qu'en effet, lorsque des individus mourront sans avoir agi, leur inaction, le plus souvent, proviendra de l'ignorance où ils étaient de la fraude commise. Dans l'art. 200, nous allons voir la loi répéter ces mêmes mots, « lors de la découverte de la fraude », dans un cas où il est *évident* qu'elle a voulu dire, « au moment où l'action s'intente. »

Du reste, après la mort d'un seul des époux, l'action n'est ouverte qu'aux intéressés représentant cet époux, c'est-à-dire à ses héritiers ou créanciers; quant à ceux qui pourraient avoir intérêt du chef de l'autre époux, l'action n'existe pas encore pour eux, puisque celui au nom et comme représentants duquel ils pourraient agir, existe lui-même.

IV. — 687. Quant au procureur de la République, que notre article met à tort sur la même ligne que les parties intéressées, il n'a pas, sauf le cas où l'action est dirigée contre les héritiers du coupable, le droit d'intenter l'action civile. Le ministère public, en effet, n'est pas le protecteur des intérêts privés de tel ou tel : à lui, l'action tendant à l'application de la peine, l'action publique, qu'il peut intenter toujours et sans rechercher si les intéressés se plaignent ou ne se plaignent pas.

Mais, pour l'action relative à l'intérêt privé, c'est aux parties lésées à l'intenter elles-mêmes.

Ainsi, pour donner à notre article une rédaction exacte, il faudrait dire : « Si les époux, ou l'un d'eux, sont décédés sans avoir agi, l'action *civile* peut être intentée *au criminel* par leurs représentants, soit seuls, soit concurremment avec le ministère public agissant criminellement. »

Au surplus, les parties intéressées peuvent aussi intenter leur action au tribunal civil. En effet, la poursuite devant la juridiction civile étant la règle pour toute action civile, tandis que la poursuite devant la juridiction criminelle est l'exception; et la première présentant, d'ailleurs, plus de garantie que la seconde, il s'ensuit que notre article, en permettant la preuve au moyen d'une procédure criminelle, présente une disposition dérogatoire et toute de faveur, dont on doit conclure *à fortiori* l'admission du principe général.

V. — 688. Il ne faudrait pas croire qu'il y a contradiction entre notre art. 199, qui permet à un enfant comme à tous autres intéressés d'obtenir la preuve de la célébration d'un mariage au moyen d'une procédure criminelle, et les art. 326 et 327, qui ne permettent à cet enfant de prouver sa filiation que devant les tribunaux civils. Ces articles, en effet, s'appliquent à deux cas différents l'un de l'autre.

Les moyens de preuve étant plus faciles devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils, la loi, dans une matière aussi grave que la filiation, n'a pas cru devoir abandonner aux chances d'un débat de cour d'assises le point de savoir si tel individu est ou non le fils de tel et de telle; elle a poussé si loin la précaution sous ce rapport que, dans le cas d'un crime qui aurait détruit les preuves d'une filiation, elle n'a permis d'intenter l'action criminelle qu'après la décision des tribunaux civils, dans la crainte que les juges civils ne fussent influencés par la sentence du jury : telle est la disposition de l'art. 327. Le Code est moins sévère, quand il s'agit de recueillir la preuve d'une célébration de mariage. Il n'y a là aucune contradiction.

Ainsi, l'enfant qui se dit fils légitime de Pierre et de Marie, et qui prétend qu'un ou plusieurs crimes ont détruit les preuves de son état, ne pourra prouver que par décision des tribunaux civils qu'il est le fils de Pierre et de Marie, tandis qu'il pourrait faire résulter d'un jugement criminel la preuve que Pierre et Marie étaient mariés.

Nous le répétons, les deux art. 199 et 327 ne sont point en opposition, parce qu'ils prévoient deux hypothèses différentes. La loi se montre plus facile pour la preuve d'une célébration de mariage que pour la preuve de la filiation; voilà tout. Et ce n'est pas étonnant : car il serait bien plus funeste de se tromper en reconnaissant comme descendants de deux individus des enfants qui leur sont étrangers, que de se tromper en reconnaissant comme époux deux individus qui ne l'étaient pas.

200. — Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la

fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers, par le procureur de la République, en présence des parties intéressées, et sur leur dénonciation.

I. — 689. Cet article ne fait que consacrer les principes généraux, en déclarant qu'après la mort du coupable l'action devra être dirigée au civil. Car, si pendant la vie de ce coupable les parties intéressées, ainsi que nous l'avons enseigné sous l'article précédent et comme le dit positivement l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, ont le choix d'agir soit au criminel en concours avec le ministère public, soit au civil par une action séparée, il est clair que ce choix ne peut plus exister, quand la mort du coupable a rendu l'action publique impossible. Mais l'article apporte une dérogation importante à ces mêmes principes, quand il veut que cette action, portée devant les tribunaux civils soit intentée, non pas par les parties intéressées, mais par le procureur de la République, en présence et sur la dénonciation de ces parties.

Le motif de cette exception se touche du doigt. Quand l'action de la personne qui prétend qu'un crime l'a privée de son acte de célébration, est dirigée contre le coupable lui-même, il est clair que la défense de celui-ci sera sérieuse; il n'y a pas lieu de présumer que, pour une somme d'argent, il acceptera volontairement la prison, les galères, en se laissant condamner comme coupable d'un méfait qu'il n'aurait pas commis. Au contraire, quand l'action est dirigée contre ses héritiers, qui n'ont à craindre aucune pénalité, mais seulement une condamnation à des dommages-intérêts, à une somme d'argent, la loi craint que le demandeur, en offrant à ses adversaires une somme beaucoup plus forte que celle à laquelle on les condamnerait, ne les décide à laisser constater un crime chimérique. C'est pour rendre cette fraude non pas impossible, malheureusement, mais au moins plus difficile, que la loi remet, dans ce cas, la direction du procès au procureur de la République lui-même.

II. — 690. Ce motif de l'exception posée par notre article fait assez comprendre qu'il ne faut pas prendre à la lettre ces mots : « si l'*officier public* est décédé »; car le crime peut bien n'avoir pas été commis par l'officier public. Il est évident qu'ici encore, comme dans plusieurs des articles qui précèdent, le législateur a parlé du cas qui se présentait le plus naturellement à son esprit. Ces mots doivent donc être remplacés par ceux-ci : « si *le coupable* est décédé »; de même que les mots suivants, « *lors de la découverte de la fraude* », doivent se remplacer par ceux-ci, « *lorsque l'action est intentée.* » Il est palpable, en effet, que si je découvre la fraude dans le mois de février et que le coupable meure dans le mois de mars, l'action intentée dans le mois d'avril contre ses héritiers devra l'être d'après la règle de notre article, par cela seul que je l'intente contre les héritiers et quoique le coupable ne fût pas encore décédé quand j'ai découvert la fraude.

Et le cas de mort du coupable n'est pas le seul auquel il faudrait appliquer cette règle. Si, au moment où l'action s'intente, le coupable

était déclaré absent et que, conformément à l'art. 134, cette action fût dirigée contre les héritiers présomptifs envoyés en possession des biens de cet individu, il est bien clair que ce serait encore le cas d'appliquer la règle que présente ici la loi. Donc, pour formuler d'une manière exacte la pensée des premiers mots de l'article, il faut les remplacer par ceux-ci : *lorsque l'action, au lieu d'être intentée contre l'individu coupable du crime ou délit, le sera contre ceux qui n'en sont responsables que civilement*. Comment nier, en effet, que cette formule soit l'expression vraie de la pensée du Code?... Dans l'action dont s'occupent nos différents articles, celui qui se trouve votre adversaire de fait n'est pas, au fond, votre adversaire le plus intéressé; les héritiers de votre prétendu époux, ses créanciers, vos propres héritiers ou créanciers, cent personnes peut-être, par des circonstances qui leur donnent un intérêt moral ou pécuniaire à ce que vous n'usurpiez pas un titre qui ne vous appartient point; cent personnes, disons-nous, sont peut-être vos adversaires réels, dans ce procès où pourtant elles ne figurent pas. C'est pour cela que la loi s'inquiète de ce qui peut se passer entre vous et cet adversaire imparfait. Tant qu'une condamnation criminelle serait pour cet adversaire le résultat d'une mauvaise défense, la loi ne demande pas d'autre garantie; mais du moment que tout se réduit à une question d'argent, la loi vous retire l'action et la transporte au ministère public. La règle de notre article consiste donc uniquement à voir si l'adversaire a lieu de craindre une pénalité.

§ 3. — Du mariage putatif.

201. — Le mariage qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

202. — Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.

SOMMAIRE.

I. Mariage putatif. — Les mariages nuls proprement, aussi bien que les mariages annulés, sont susceptibles d'obtenir ce caractère. — Erreur de Merlin et de Zachariæ.

II. L'union susceptible de constituer un mariage putatif obtient ce caractère, sous la seule condition de la bonne foi au moment de la célébration. Dissentiment avec M. Demolombe. — Cette bonne foi se présume toujours pour l'erreur de fait.

III. Le mariage putatif produit tous les effets d'un mariage valable dont la dissolution arriverait lors du jugement qui déclare la nullité. — Erreur de Toullier, etc.

IV. *Quid*, quant au partage de la communauté et quant aux avantages matrimoniaux, soit qu'il y ait bonne foi des deux époux, ou de l'un d'eux seulement? *Quid*, de la confusion de deux communautés par suite de bigamie?

V. Il faut, pour détailler tous les cas, distinguer quatre classes de mariages; mais elles se réduisent définitivement à deux.

I. — 691. Il s'agit dans nos deux articles, de l'union que la doc-

trine appelle *mariage putatif*, c'est-à-dire de l'union qui ne constitue point un mariage valable, mais que les parties, ou l'une d'elles, ont *réputé*, ont cru tel, et que la loi, en considération de cette bonne foi, veut bien aussi *réputer* tel, en lui donnant les effets civils.

La matière du mariage putatif donne lieu à plusieurs questions sur lesquelles les jurisconsultes sont loin d'être d'accord. Et d'abord, quelles unions sont susceptibles de constituer un mariage putatif?... Plusieurs auteurs, notamment Merlin (*Quest.*, v° Légitimité, § 5) et M. Zachariæ (III, p. 243 et 244) enseignent que le mariage vraiment existant et simplement annulable est le seul qui puisse former un mariage putatif; en sorte que, si complète que puisse être la bonne foi des parties, si excusable que soit leur erreur, les effets civils ne pourraient jamais avoir lieu, dès-là qu'il s'agirait d'une union qui ne réunirait pas les trois conditions essentielles à l'existence même du mariage, à la formation du contrat civil. Ainsi, le mariage apparent qu'un homme *mort civilement* (1) contracterait devant un officier civil, ne pourrait pas recevoir le bénéfice de notre art. 202 et ne pourrait produire aucun effet légal ni pour la femme de bonne foi, ni pour les enfants. Ces auteurs basent leur décision sur deux arguments qui n'ont aucune force ni l'un ni l'autre.

Le premier de ces arguments serait décisif, si l'idée qu'il suppose était exacte. Il consiste dans cette maxime de raison : *Priùs oportet esse quam operari*, avant de pouvoir produire aucun effet, il faut exister; c'est ce que nous avons fait remarquer nous-même dans les observations préliminaires de ce chapitre : *Nihili nullæ sunt qualitates, quod nullum est nullum producit effectum;* or, l'union du mort civilement ne constitue point un mariage, elle n'a point d'existence légale... Cet argument présuppose, comme on voit, que dans le mariage putatif, la loi n'a et ne peut avoir pour but que de *conserver* à un mariage que l'on brise les effets civils qu'il a produits jusqu'au moment où il est cassé, et que sa pensée ne peut pas être d'attribuer, sans cause juridique et par le seul effet de sa volonté bienveillante, ces mêmes effets civils à un mariage qui, rigoureusement et d'après les principes, ne devait rien produire. Ainsi, le point de départ des auteurs que nous combattons réside dans cette idée, que la loi a bien pu *maintenir* les effets vraiment produits que, d'après les principes, l'annulation devait faire évanouir; mais qu'elle n'a pas pu aller jusqu'à les *créer* au profit d'une union qui, rigoureusement, n'en peut produire aucun. Mais d'abord, de quel droit pourrait-on venir ainsi mettre des limites à la bienveillance du législateur et tronquer sa toute-puissance? De quel droit viendrait-on lui dire, comme Dieu à l'Océan : *Usque huc venies, et non procedes ampliùs?* Comment! le législateur qui anéantit et crée à son gré, qui rend légalement mort et légalement ressuscité l'homme dont la vie naturelle ne subit aucune modification, ce législateur ne pourrait pas faire subsister les effets

(1) La mort civile est abolie par la loi du 31 mai 1854.

légaux au profit d'une union qui n'est pas un véritable mariage civil!

Évidemment, il le peut; et non-seulement il le peut, mais il le fait : il le fait dans votre propre système. En effet, quand un mariage légalement existant, mais annulable, est une fois annulé, ce mariage, du point de vue juridique et dans la théorie du droit, se trouve n'avoir jamais existé; ce n'est pas seulement pour l'avenir qu'il disparaît, c'est aussi pour le passé, c'est rétroactivement et de telle manière qu'il n'a jamais eu de réalité légale. Et pourtant, s'il y a bonne foi, ce mariage, qui en droit a toujours été nul, produira les effets civils. Donc il y a là existence de résultats produits, sans qu'il ait jamais existé aucun principe producteur; il y a là des effets dont la cause efficiente se trouve *uniquement* dans le *sic volo sic jubeo* du législateur; il y a là fiction légale, création.

Donc, pour que cette volonté toute-puissante du législateur, cette volonté *créatrice* d'effets civils ne s'appliquât pas aux mariages rigoureusement nuls, aussi bien qu'aux mariages simplement annulables, il ne suffirait pas du *priùs oportet esse quam operari,* qui ne peut rien signifier ici; il faudrait que le législateur, en appliquant sa création aux mariages non existants par suite d'annulation, *n'eût pas voulu* l'appliquer à ceux non existants dès l'origine. Aussi, c'est pour prouver cette prétendue volonté chez le législateur, que M. Zachariæ présente son second argument, lequel est tiré de la place que les art. 201 et 202 occupent dans le Code. Ce chap. IV, dit-il, n'est fait que pour les mariages annulables; donc, les art. 201 et 202, qui le terminent et en font partie, ne s'appliquent qu'à ces mariages. Mais c'est là une erreur. Le chapitre que nous terminons présente trois parties distinctes, dans lesquelles il s'occupe successivement, 1° des causes de nullité (art. 180-193); 2° des preuves de la célébration du mariage (art. 194-200); et 3° des mariages putatifs (art. 201, 202) : ce qui prouve, pour le dire en passant, que la rubrique de ce chapitre est inexacte et incomplète, puisqu'elle n'indique que l'un des trois objets du chapitre. Or, de ces trois parties, la première est la seule qui soit exclusivement relative aux mariages annulables; la preuve, c'est que la seconde est faite, non pas seulement pour les mariages annulables, ou même les mariages nuls, mais encore pour les mariages valables eux-mêmes. S'il en était autrement, qu'on nous dise donc suivant quelles règles et d'après quels articles deux époux dont l'union est valable, devraient prouver la célébration de cette union... Ainsi, dans notre chapitre, trois systèmes de règles, pour chacun desquels la portée du système est indiquée par son but même et par la force des choses :

1° *Les causes de cassation du mariage.* Là, il est clair qu'il ne peut s'agir que de mariages annulables; car on ne peut casser ni le mariage valable, inattaquable, ni le mariage qui n'existe pas.

2° *Les preuves d'une célébration de mariage.* Là il fallait bien que la loi s'appliquât aux trois classes de mariages, puisque la célébration est un fait qui se réalise et pour des mariages valables, et pour des mariages annulables, et pour des mariages nuls.

3° *Mariages putatifs,* c'est-à-dire attribution des effets légaux, par faveur et par pitié, à des unions auxquelles les principes les refusent. Là, il ne pouvait plus être question des mariages valables, puisqu'eux ont les effets civils d'après les principes mêmes; mais les deux autres classes de mariages s'y plaçaient tout naturellement, disons mieux, forcément.

Forcément; car, quoiqu'on distingue trois classes de mariages, il est vrai de dire cependant que ces trois classes se réduisent à deux; savoir : le mariage qui produit les effets civils, et celui qui ne les produit pas, c'est-à-dire le mariage valable et le mariage nul; quant au mariage annulable, on peut dire qu'il ne forme pas précisément une troisième classe, mais qu'il rentre, selon les circonstances, tantôt dans la première et tantôt dans la seconde. En effet, dans l'intervalle entre sa célébration et sa cassation, le mariage annulable produit tous les effets civils : s'il n'est jamais cassé, il produira toujours ses effets; s'il est cassé une fois, il disparaît rétroactivement, et tous ses effets avec lui. Donc, quand, à la suite du mariage *valable* et du mariage *nul,* on parle du mariage annulable, on n'indique pas précisément une classe nouvelle, puisqu'il s'agit tout simplement d'un mariage qui provisoirement est *valable,* et qui peut, plus tard, être et avoir toujours été *nul.* Ainsi, nul ou valable, valable ou nul, le mariage ne peut pas sortir de ces deux catégories. Jusqu'à l'annulation, le mariage annulable est efficace ni plus ni moins que le mariage régulier, il est dans la même catégorie que lui; et s'il diffère de ce dernier, c'est uniquement en ce qu'il peut un jour être exclu de cette catégorie comme n'ayant jamais eu le droit d'y être. Une fois qu'il est annulé, rendu *nul,* il tombe dans la classe de tous les mariages nuls, et n'en diffère légalement *en rien que ce soit,* puisqu'il n'est pas même regardé comme ayant été valable momentanément. Mais si telle est la théorie de la loi, comment cette loi pourrait-elle traiter différemment tel mariage nul et tel autre mariage nul?... D'ailleurs, quelle est, en définitive, la règle de nos deux articles? C'est une disposition d'humanité, de pitié pour le malheur, d'excuse pour l'erreur; or, pourquoi le législateur se préoccuperait-il moins de la bonne foi de la femme qui épouse par erreur un mort civilement, que de la bonne foi de celle qui épouse par erreur un individu déjà marié?... Les principes de l'équité se réunissaient donc aux principes du droit, pour demander l'attribution des effets civils à toute espèce de mariage nul.

692. Aussi le Code, dans nos articles, s'est exprimé de manière à embrasser tous les cas. Il parle du mariage *déclaré nul,* ce qui comprend aussi bien le mariage que le juge a reconnu être nul que celui qu'il a annulé; puis, au lieu de dire, comme on le devrait dans le système contraire, que ce mariage *conserve ses* effets civils, il dit et répète dans les deux articles qu'il *produit les* effets civils.

Enfin, et nous l'avons dit déjà sous l'art. 25, n° VII, cette attribution des effets civils au mariage contracté de bonne foi *avec un mort civilement* a été proclamé au Conseil d'État, non pas comme un point

douteux et sur lequel il était bon de s'expliquer, mais, au contraire, comme une conséquence tellement claire de l'art. 202, qu'il était inutile d'en parler, et personne, en effet, n'eut la pensée d'élever la voix contre cette idée.

Il est vrai que l'article à l'occasion duquel cette réflexion fut faite n'a pas été mis dans le Code, et M. Zachariæ soutient que cette idée, qu'il qualifie d'*opinion individuelle,* s'est trouvée implicitement rejetée par le retranchement de cet article. Mais, évidemment, il n'en est rien. Dans la séance du 5 vendémiaire an 10, on présente et l'on discute un article destiné à organiser l'action en nullité contre le mariage contracté par un mort civilement; Maleville, Réal, Tronchet, Regnault, Cambacérès et le Premier Consul prennent part à la discussion. Maleville veut que l'action soit ouverte à tous; Réal voudrait qu'on la restreignît à l'époux trompé; Tronchet et Regnault lui disent que l'un des contractants étant légalement mort, il y aurait contradiction à supposer à son mariage aucun effet vis-à-vis des tiers, et que la loi ne peut pas même reconnaître ses enfants. — « Cependant répond Réal, l'état de ses enfants pourrait être assuré par la bonne foi de l'autre époux. » — « Oui, dit Tronchet, mais les effets de cette bonne foi sont une *exception* aux principes, et ils seront bornés à l'époux trompé et à ses enfants. » Après cette réflexion de Tronchet, laquelle faisait voir que l'observation de Réal, très-juste d'ailleurs, n'avait aucun trait à la question, puisque l'article en discussion ne s'occupait pas de l'exception, mais du principe, Cambacérès revient à cet article, et dit qu'on ferait peut-être mieux de laisser les tribunaux décider, selon les circonstances, dans quel délai et par qui l'action pourra être intentée. Enfin, Bonaparte, avec sa haute raison, dit que, légalement, l'individu étant mort, un mariage quelconque ne peut légalement subsister de sa part, et que, dès lors, on ne peut pas écrire un article pour organiser l'annulation de ce mariage; et l'article est rejeté comme il devait l'être en effet (voy. Fenet, t. IX, p. 48, 49 et 50).

Donc, le retranchement de cet article prouve très-bien ce que nous avons dit, et sous l'art. 25, et dans les observations préliminaires de ce chapitre, et sous l'art. 180, que, légalement et dans les principes du droit, le mariage du mort civilement n'existe pas et, dès lors, n'a pas besoin d'être cassé, ou plutôt ne peut pas être cassé; mais il est clair qu'il ne peut rien prouver contre l'*exception* que la bonne foi fait apporter à cette règle de droit. L'ensemble de la discussion prouve précisément tout le contraire, puisque l'observation de M. Réal, loin de paraître à personne erronée ou seulement douteuse, a été positivement approuvée par son adversaire, M. Tronchet, sans que ni le Premier Consul, ni Cambacérès, ni aucun autre des opinants aient songé à la critiquer.

Ainsi, et les principes de l'équité, et la théorie juridique, et l'historique de la rédaction du Code, tout prouve que tous les mariages nuls, c'est-à-dire ceux proprement nuls *ab initio,* aussi bien que ceux rendus

nuls par la cassation, doivent produire les effets civils d'un mariage valable, quand il y a eu bonne foi.

II. 693. C'est sous la condition de la bonne foi des époux, ou de l'un d'eux, que le mariage nul produit les effets civils; et cette condition, comme on le voit par nos deux articles, est la seule qu'exige la loi. Cette bonne foi consiste dans la pensée, erronée mais raisonnable, chez la personne, que le mariage qu'elle contractait était vraiment valable devant la loi.

Nous disons *pensée raisonnable*. Ainsi, on ne pourrait pas reconnaître la bonne foi, l'ignorance pardonnable, chez celui qui viendrait dire qu'il ne savait pas qu'un même homme ne peut pas avoir plusieurs femmes; que la loi ne reconnaît pas le mariage reçu seulement par un prêtre et arrière du maire; qu'*un mort civilement* ne peut pas contracter un mariage civil. En effet, on sait partout dans le monde que la bigamie est punie comme un crime, et que la loi ne reconnaît que les mariages contractés devant l'officier civil; quant *à la mort civile*, assez peu connue dans le peuple, nous l'avouons, c'est là une institution dont le nom seul est assez grave pour que la personne la moins intelligente ait la précaution de se faire renseigner sur ses effets. Donc, les parties mariées seulement à l'église, le bigame, *le mort civilement*, et aussi celles qui auraient épousé sciemment ce *mort civilement* ou ce bigame, seraient incapables de réclamer les effets de leur prétendue bonne foi. Ce qu'il faut toujours exiger, mais aussi l'unique chose qu'on doive exiger, c'est l'ignorance *vraiment pardonnable* de l'existence ou de l'effet légal du fait qui s'opposait à la validité ou à la formation du mariage; c'est, pour répéter la règle deux fois exprimée par nos articles, qu'il y ait eu BONNE FOI. Tout se réduit à cela; et comme c'est là un point de fait qui dépend, pour chaque espèce, des mille circonstances de cette espèce, nous ne concevons guère l'utilité des cent et une questions que les auteurs ont agitées sur ce point. Il est abandonné tout entier au pouvoir discrétionnaire du juge (1).

Ainsi, par impossible, un infâme gagne à prix d'argent le greffier d'une mairie de campagne, aussi infâme que lui, et, dans l'impossibilité de séduire une jeune orpheline qui tenait à son honneur, il s'en vient, après toutes les publications et toutes les formalités voulues, former devant ce greffier, qui passe pour le maire, une union que la jeune fille et ses amis croient un mariage légal. Si vous le voulez encore, ce greffier, qui est aussi le clerc de la paroisse, fait jouer par un troisième misérable la comédie nocturne d'une bénédiction nuptiale, et

(1) Jugé que la bonne foi exigée par la loi pour qu'un mariage nul produise néanmoins des effets civils, peut aussi bien résulter d'une erreur de droit que d'une erreur de fait. Metz, 7 février 1854; Aix, 11 mars 1858; Paris, 9 février 1860 (Dev., 60, 2, 65; *J. Pal.*, 60, 359); Chambéry, 15 juin 1869 (Dev., 70, 2, 214).

Ainsi un mariage nul comme contracté entre alliés au degré prohibé peut néanmoins produire ses effets civils au profit des époux et de leurs enfants, s'il est reconnu que les époux, en se mariant, ignoraient l'empêchement que la loi mettait à leur union. J. Vienne, 28 déc. 1865 (Dev., 66, 2, 201).

après cette infernale machination on se sauve en pays étranger. Lorsque la jeune fille, abandonnée au bout de quelques mois, verra déclarer judiciairement la nullité du prétendu mariage, pour défaut de célébration par un officier public, le contrat purement naturel qui s'était formé dans ce cas pourra-t-il produire les effets légaux? Oui, selon nous, puisqu'il y a eu bonne foi. Et pourquoi donc ne les produirait-il pas? pourquoi la malheureuse serait-elle légalement une concubine, et l'enfant qu'elle porte un bâtard? est-ce que la loi n'est pas assez juste pour vouloir qu'il en soit autrement, et assez puissante pour le faire?

M. Demolombe, qui repousse avec nous (III, n°s 355 et 356) la doctrine de M. Zachariæ, n'ose pas aller aussi loin que nous le faisons ici, et il enseigne (n° 354) que le faux mariage dont nous venons de parler ne saurait jouir du bénéfice de l'art. 202. Il faut, dit-il, qu'il y ait au moins un mariage tel quel, une *célébration réelle* de mariage. Mais M. Demolombe n'est-il pas ici inconséquent avec le principe qu'il admet comme nous? Quand on prétend, comme M. Zachariæ, que la loi se borne ici à CONSERVER au mariage, d'abord existant et annulé ensuite, les effets que cette annulation devrait lui enlever, il est tout simple de dire que la célébration, purement apparente et mensongère, accomplie par un individu qui n'était point officier de l'état civil, ne sera pas un mariage putatif; mais du moment qu'on reconnaît, comme M. Demolombe, que la loi a entendu aller jusqu'à CRÉER les effets du mariage, pour les attribuer *par fiction* à un acte *qui n'est point un mariage,* qui n'a jamais eu *aucune existence* juridique, et qui ne devait *engendrer aucun de ces effets;* du moment qu'on reconnaît que les effets civils ont leur source unique dans le vouloir du législateur et se réalisent *en l'absence de tout principe producteur,* comment dire que la célébration *réelle* est indispensable et une célébration *apparente* insuffisante?...

Le juge n'aura donc à examiner que cette question : y a-t-il eu vraiment bonne foi des époux ou de l'un d'eux? chaque époux ou l'un d'eux a-t-il dû raisonnablement croire à la validité du mariage?

694. Du reste, c'est seulement au moment de la célébration du mariage que la bonne foi est nécessaire, et alors même que les époux seraient restés unis longtemps encore après la découverte de l'erreur, cette bonne foi primitive suffirait et produirait les mêmes effets que si elle avait continué jusqu'à la déclaration de nullité. La loi devait être indulgente en pareil cas; la pensée que la cause de nullité pourrait cesser et rester ignorée de tous, l'espérance de la voir se couvrir, la crainte d'exposer un conjoint à une condamnation criminelle, la honte qui a dû retenir les époux et les empêcher de divulguer leur état : ce sont là de puissants motifs d'excuse, et nous ne devons pas nous étonner de voir la loi accorder les effets civils, par cela seul que le mariage *a été contracté de bonne foi*. La loi donne donc à la bonne foi, sous ce rapport, et devait effectivement lui donner, un effet plus étendu que quand il s'agit, pour le possesseur non propriétaire, de recueillir les fruits d'un bien. En effet, d'après l'art. 549, il ne suffit pas à celui-ci,

pour gagner les fruits, d'avoir été mis de bonne foi en possession de la chose, il faut qu'il *possède* de bonne foi actuellement, au moment où il recueille.

695. Une dernière question nous reste à décider quant à cette condition de bonne foi. Losqu'il s'élèvera un débat dans lequel les deux adversaires prétendront, l'un que le mariage doit produire les effets civils par suite de la bonne foi, l'autre, que ce mariage a été contracté avec pleine connaissance de la nullité de la part des époux, sera-ce au premier de prouver que la bonne foi existait, ou bien au second d'établir qu'elle n'existait pas? En d'autres termes, est-ce la bonne foi, ou la mauvaise foi, qui se présumera jusqu'à la preuve du contraire?... C'est la bonne foi qui se présumera; car on doit présumer ce qui est de règle et non ce qui est d'exception; or, le crime, la fraude, c'est l'exception. Ce principe est proclamé par le Code dans un cas beaucoup moins favorable, et pour des intérêts pécuniaires, en matière de prescription (art. 2268).

Cette décision, toutefois, ne peut s'appliquer qu'à l'erreur de fait, non à l'erreur de droit. En effet, c'est une règle incontestée, et qui forme la base première de toute législation, qu'au moyen de la promulgation d'un loi, tous sont réputés connaître ses dispositions : *Nemo jus ignorare censetur*. C'est donc à celui qui réclame les effets civils du mariage, en alléguant seulement son ignorance excusable du droit, à faire la preuve de cette ignorance excusable, pour renverser la présomption générale qui s'élève contre lui (1). Ainsi, par exemple, si une femme venait dire qu'au moment de la célébration elle savait que le conjoint était son beau-frère, ou qu'il était en état de *mort civile*, mais qu'elle ignorait, et d'une manière pardonnable, qu'il y eût là une cause de nullité, il est clair que ce serait à elle de justifier cette assertion. Elle y arriverait en prouvant qu'elle avait été trompée par des personnes capables de la renseigner, auxquelles elle s'était adressée à ce sujet. Sous cette condition, l'erreur de droit, que des auteurs et des arrêts prétendent à tort inefficace, doit (2) évidemment produire le même effet que l'erreur de fait (3).

III. — 696. Maintenant, quels effets produit le mariage putatif? C'est encore là un point sur lequel disputent les auteurs les plus graves; mais, en vérité, il n'y a pas de quoi. Ainsi, le mariage putatif légitimera-t-il, d'après l'art. 331, les enfants naturels que les parties avaient eus ensemble avant leur union? Donnera-t-il à une partie, vis-à-vis de l'autre, le droit de successibilité que l'art. 767 accorde au conjoint survivant, lorsque le défunt ne laisse ni parents du douzième degré, ni enfants naturels reconnus? Ces questions, et toutes celles

---

(1) *Contrà :* Aix, 11 mars 1858 (Dev., 59, 2, 17; *J. Pal.*, 58, 1082).
(2) Delvincourt, Toullier (I, 658); Duranton (II, 351); Vazeille (I, 272); Colmar, 14 juin 1838; Poitiers, 7 janvier 1845 (Dev., 38, 2, 345; 45, 2, 215).
(3) Zachariæ (III, p. 244-245); Demolombe (III, 357 et 359); Paris, 18 déc. 1837; Rej., 11 août 1841; Limoges, 25 août 1841; Limoges, 5 janvier 1845 (Dev., 41, 1, 616; 42, 2, 484).

qu'on pourrait faire, cessent d'être des questions, du moment qu'on a bien compris ce que c'est qu'un mariage putatif. Or, pour le bien comprendre, il suffit de rapprocher quelques idées bien simples.

L'art. 201 nous dit que, sous la condition d'avoir été contracté de bonne foi, le mariage déclaré nul *produit néanmoins les effets civils*, c'est-à-dire que, bien que réellement il soit nul, il a cependant les mêmes effets que s'il n'était pas nul, les effets ordinaires d'un mariage valable. Mais ces effets, continuera-t-il de les produire après la déclaration de nullité? Assurément non, et c'est là une idée qui ne peut venir à personne. Ainsi, tout mariage non valable, mais contracté de bonne foi, produit les effets d'un mariage valable, dans l'intervalle entre la célébration et la déclaration judiciaire de nullité; puis, une fois cette déclaration intervenue, il ne produit plus aucun effet; mais, bien entendu, les effets produits se maintiennent à perpétuité.

Donc, par la faveur toute-puissante du législateur et en dehors des principes rigoureux, le mariage putatif se trouve devenir un mariage valable dont la déclaration de nullité opère la dissolution. Dès lors, il produira, ni plus ni moins, les effets que produirait un mariage, valable d'après les principes, qu'un divorce viendrait rompre au moment que la nullité est déclarée... Avec ces idées bien simples, tout devient facile.

697. Ainsi, le mariage putatif légitimera-t-il les enfants naturels? Oui, évidemment. Est-ce que la légitimation des enfants naturels n'est pas un des effets civils du mariage? Loin de nous expliquer que des auteurs comme Merlin (v° *Légitimat.*, sect. 2), Proudhon (II, p. 170) et Toullier (I, 567), aient pu répondre négativement à une pareille question, nous avouons franchement ne pas comprendre comment le doute a jamais pu exister pour personne, malgré l'objection que l'on tire des derniers mots de l'art. 202.

La loi, dit-on, ne fait exister les effets civils qu'au profit des enfants *issus du mariage;* ces effets ne pourront donc pas être réclamés par les enfants nés avant ce mariage. Cette objection est sans valeur. Ce n'est pas qu'on puisse dire, comme M. Zachariæ (III, p. 246), que l'art. 333 mettant les enfants légitimés sur la même ligne que les enfants légitimes, ces légitimés se trouvent, légalement, réputés issus du mariage; car il y a là une pétition de principe; puisque c'est par sa légitimation que l'enfant est réputé issu du mariage, et que la question est précisément de savoir s'il y aura légitimation. L'argument de cet auteur suppose la légitimation accomplie, pour prouver que la légitimation est possible! Mais l'objection n'en est pas moins insignifiante. Car c'est dans l'ensemble de nos deux articles qu'il faut chercher la pensée du législateur sur les effets du mariage putatif, et non isolément dans les derniers mots du second article... Si l'on pouvait procéder ainsi par des arguments *à contrario*, tirés de l'interprétation judaïque d'un membre de phrase, il faudrait dire d'abord que, si l'enfant naturel ne peut pas être légitimé dans le cas de l'art. 202, qui ne parle que des

enfants *issus du mariage*, il pourrait l'être, au contraire, dans le cas de l'art. 201, puisqu'il parle des enfants en général; or, cette doctrine paraîtrait ridicule à tous. Il faudrait dire ensuite que, même dans le cas de l'art. 201, les effets civils du mariage putatif ne pourront pas être invoqués par des intéressés autres que les époux ou les enfants, puisque l'article ne parle que de ceux-ci; or, personne encore n'aura la pensée d'accepter une pareille décision.

Il est clair que la vraie pensée des deux articles est celle-ci : 1° quand il y a bonne foi des deux époux, les effets légaux peuvent être invoqués par tout le monde : par les deux époux, par leurs enfants et par tous les intéressés, représentants de ces époux ou de ces enfants; 2° quand un seul époux est de bonne foi, ces effets sont attribués à cet époux, aux enfants et à leurs représentants; ils sont refusés à l'époux de mauvaise foi et à ses représentants. La règle est dans l'art. 201, qui attribue les effets à tout le monde. L'art. 202 vient uniquement pour dire que celui des époux qui serait de mauvaise foi est excepté de cette règle, et avec lui, bien entendu, ses ayants cause. Le mariage putatif opérera donc la légitimation des enfants; il faudrait renoncer à toute idée d'ensemble dans la loi, pour adopter une décision contraire.

Du reste, il est clair que cette légitimation ne sera pas possible au profit d'enfants incestueux ou adultérins, puisque pour eux le mariage valable lui-même ne peut pas la produire, aux termes de l'art. 331. Ainsi, qu'une fille ait un enfant d'un homme marié qu'elle croit libre, et qui l'épouse ensuite en trompant l'officier public, les enfants qu'elle pourrait avoir, dans l'intervalle entre la célébration du mariage et son annulation, seront légitimes, vu la bonne foi; mais celui qu'elle a eu avant le mariage ne sera pas légitimé. Et l'on ne peut pas s'en étonner, puisque l'art. 351, qui s'oppose à la légitimation, s'y serait opposé également, alors même que la mort de la première épouse aurait rendu possible un mariage valable et vraiment légitime. On voit par là que des enfants incestueux ou adultérins peuvent quelquefois se trouver légitimes, mais que jamais ils ne peuvent être légitimés (1).

698. Maintenant, il ne saurait y avoir non plus aucune difficulté quant au point de savoir si, après la déclaration de nullité, l'époux de bonne foi aura, vis-à-vis de l'autre, le droit de successibilité établi par l'art. 767. La négative est évidente. Ce droit, en effet, n'est pas accordé à celui qui *a été* l'époux légitime du défunt, mais à celui qui a cette qualité au moment où la succession s'ouvre; c'est *au conjoint non divorcé* que l'art. 767 accorde ce bénéfice. Donc, l'époux putatif ne pourrait succéder à son conjoint qu'autant que celui-ci mourrait avant la déclaration de nullité.

Et comment se réglerait ce droit de succession s'il était invoqué, en cas de bigamie, par les deux épouses, l'une légitime, l'autre putative, d'un même individu qui, avant la dissolution d'un premier mariage

(1) *Conf.* Delvincourt (t. I); Duranton (II, 356); Zachariæ (*loc. cit.*); Valette (sur Proudhon, *loc. cit.*); Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*); Demolombe (III, 365 et 366).

valable, en a contracté un second, non annulé lors de sa mort?... Toutes deux se partageraient sa succcession par moitié; elles puisent, l'une dans les principes mêmes, l'autre dans la faveur de la loi, un droit identique. Elles sont à défaut de parents, dans la position où seraient deux enfants de cet homme, issus, l'un du mariage valable, l'autre du mariage contracté de bonne foi par la seconde femme.

IV. — 699. Voyons, enfin, comment s'effectueront le partage de la communauté et l'attribution des avantages, réciproques ou non, que les époux ont pu se faire, soit quand il y a bonne foi chez les deux époux, soit quand cette bonne foi n'existe que d'un côté.

Quand il y a bonne foi de part et d'autre, le mariage produisant alors les effets légaux pour les deux époux, le partage de la communauté se fera comme il se serait fait entre les deux époux divorcés, ou comme il se ferait entre un époux et les héritiers de l'autre, lors de la mort de celui-ci : c'est-à-dire que ce partage s'effectuera d'après les règles du Code, s'il y a communauté légale, et conformément aux clauses du contrat, s'il y a communauté conventionnelle. De même, les avantages que les époux auraient pu se faire s'exécuteraient comme dans le cas de mariage légitime, avec cette observation que, s'il s'agit de libéralités qui ne devaient avoir leur effet qu'à la mort d'un des contractants, ce ne sera toujours qu'à ce moment de la mort qu'elles pourront se réaliser.

Lorsqu'un seul des époux sera de bonne foi, les résultats légaux du mariage n'étant alors consacrés qu'à son profit, et rien par conséquent ne l'empêchant d'y renoncer, il pourra, selon son intérêt, demander que les biens communs soient partagés comme produits d'une société ordinaire pour prendre une part proportionnelle à sa mise, ou invoquer les effets civils, pour partager la communauté comme telle, d'après les règles du Code, ou d'après les clauses du contrat. Quant aux avantages stipulés dans le contrat, cet époux de bonne foi pourra seul, et pourra toujours, réclamer ceux faits à son profit, alors même qu'ils seraient réciproques, à ceux dont on prive l'époux de mauvaise foi. La raison en est que la libéralité faite par une personne ne doit pas être regardée, et n'est pas regardée par la loi, comme ayant sa cause dans la libéralité réciproque dont cette personne est l'objet, mais seulement dans la pensée bienveillante de procurer un service. Si, en effet, de deux donations réciproques, chacune avait sa cause dans l'autre, il s'ensuivrait que, l'une venant à défaillir, l'autre se trouverait être sans cause et deviendrait nulle aux termes de l'art. 1131. Mais il n'en peut pas être ainsi; puisque reconnaître la cause d'une libéralité dans une autre libéralité, ce serait enlever à la première la gratuité qui est précisément constitutive de la donation. Le Code consacrait expressément ce principe de raison, dans le cas de divorce, par son art. 300.

700. Dans le cas de bigamie, comment réglerait-on le partage des communautés que le bigame auraient formées successivement avec chacune de ses deux épouses?... La première femme aura toujours la moitié (ou telle autre fraction stipulée au contrat) de tout le fonds commun,

diminué seulement de la mise de la seconde femme et des bénéfices en résultant. Quant à celle-ci, elle aura, si elle est de mauvaise foi, cette mise et ces bénéfices proportionnels; que si elle est de bonne foi, elle pourra, à son choix, ou bien partager sur cette même base, comme par suite d'une société ordinaire, ou bien exiger sur les biens du bigame ce que le mariage lui aurait procuré s'il avait été légitime. Ainsi, Titius, marié en communauté avec Prima et se trouvant à la tête d'un fonds social de 60 000 francs, épouse, avec communauté également, Secunda qui lui apporte 40 000 francs. Le nouveau mariage dure deux ans, pendant lesquels la nouvelle communauté, confusion de deux communautés successives, réalise 10 000 francs de bénéfices. Après ces deux ans, Titius meurt, laissant ainsi une communauté montant, en somme, à 110 000 francs. Voici comment se régleront les comptes.

Pour fixer la part de Prima, on déduira les 40 000 francs rapportés par Secunda et les 4 000 de bénéfices proportionnels en résultant; il restera donc 66 000 francs, sur lesquels Prima prendra la fraction à elle attribuée par son contrat, si elle est mariée en communauté conventionnelle; que si elle est mariée en communauté légale, elle aura moitié, c'est-à-dire 33 000 francs. Pour Secunda, maintenant, elle aura, si nous la supposons de mauvaise foi, la mise et les bénéfices dont nous venons de parler, c'est-à-dire 44 000 francs qui lui appartiennent par suite de la société de fait qui a existé entre elle et Titius; mais si elle est de bonne foi, elle aura le choix entre le même résultat et ce que le mariage considéré comme légitime aurait dû lui donner. Ainsi, qu'on la suppose mariée en communauté légale, le fonds commun se trouvant être de 110 000 francs, elle aura droit à 55 000 francs, lesquels, se joignant aux 33 000 déjà pris par Prima, ne laisseront aux héritiers de Titius qu'une somme de 22 000 francs; que si elle avait adopté par son contrat une communauté conventionnelle qui ne lui attribuât que le tiers, ce qui, sur 110000 francs, ne lui donnerait que 36 966 francs, elle aurait le droit de répudier les effets légaux du mariage et de considérer la communauté comme une société ordinaire, pour prendre les 44 000 francs indiqués plus haut (1).

Le résultat que nous venons d'indiquer pour Secunda serait identiquement le même, si, au lieu de la mort de Titius, c'était l'annulation du second mariage qui intervînt; cette femme prendrait toujours sur le fonds commun, tel qu'il est au jour de l'annulation, sa mise et les bénéfices en résultant, ou bien la fraction déterminée soit par la loi, soit par son contrat. Mais, dans ce cas, Prima, elle, n'aurait rien à prendre, la communauté continuant d'exister entre Titius et elle.

701. Nous avons entendu soutenir que, dans le mariage putatif,

(1) Jugé que dans le cas où un second mariage a été contracté par un individu, avant la dissolution du premier, avec une femme de bonne foi, les acquêts de communauté existant au décès du mari doivent être partagés en deux parts, dont l'une pour la première femme, comme représentant sa part dans la communauté, et dont l'autre formant la part du mari, doit être attribuée à la deuxième femme à titre d'indemnité à raison de sa bonne foi. Bordeaux, 18 mai 1852 (Dev., 52, 2, 609; *J. Pal.*, 53, 1, 241).

c'est du jour où s'intente l'action en nullité, et non pas du jour où cette nullité est prononcée, que l'union cesse de produire les effets légaux *quant aux biens*, en sorte que ces effets ne se produiraient, jusqu'au jour de l'annulation, que sous les autres rapports. On fonde cette doctrine sur le deuxième alinéa de l'art. 1445, qui déclare que le jugement de séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. On sent l'importance de cette idée pour les biens qui tomberaient dans la masse commune dans l'intervalle, quelquefois assez long, de la demande au jugement. Or, c'est là une erreur; le mariage putatif dure, pour les biens comme pour tout le reste, jusqu'au jour de la déclaration de nullité, et l'art. 1445 n'a aucune analogie avec la matière qui nous occupe.

Il s'agit, dans cet article, de la demande formée par la femme, dans le but unique de faire séparer ses intérêts pécuniaires de ceux de son mari, dont la mauvaise administration comprend les biens communs; et la loi, dans la crainte que le mari, pendant l'intervalle de la demande au jugement, ne dissipe le reste des biens, déclare que, par l'effet postérieur du jugement, son droit de disposition lui sera enlevé rétroactivement, à partir de la demande même. Or, cet effet rétroactif n'a lieu et ne devait avoir lieu que dans les demandes où il s'agit précisément et *principaliter* de la séparation de biens, et non dans les cas où la séparation de biens ne se réalise que comme conséquence d'un autre fait. Ainsi, dans le cas de divorce, la séparation de biens n'avait lieu que du jour où la prononciation du divorce brisait le mariage lui-même; on chercherait en vain dans le titre *du Divorce* une disposition qui reproduise la règle du deuxième alinéa de l'art. 1445. Ainsi encore, dans le cas de séparation de corps, nous verrons, sous l'art. 311, que la séparation de biens, qui a lieu comme conséquence forcée de celle-ci, ne commence qu'à partir du jugement. Et il y a deux raisons pour qu'il en soit ainsi, puisque la dissipation du mari n'étant pas alléguée alors, la crainte qui forme le motif de l'art. 1445 n'existe plus; et qu'ensuite, la séparation de biens ayant lieu alors, non pas comme concession d'une demande formelle, mais seulement comme conséquence d'un autre fait, savoir, le divorce ou la séparation de corps, ce serait placer l'effet avant la cause que de la faire commencer avant le commencement de cette séparation de corps ou de ce divorce. Donc, dans le mariage putatif, la dissolution de la société pécuniaire n'ayant lieu que par suite et comme conséquence de la cessation de l'union des époux, cette dissolution n'aura lieu que du jour de la déclaration de nullité, et jusqu'à ce moment le mariage putatif produira les effets légaux pour les biens comme pour tout le reste.

702. Pour ce qui est des enfants, nous n'avons pas besoin de dire qu'ils auront les effets civils du mariage aussi bien quant à l'époux de mauvaise foi que quant à l'époux de bonne foi. Ainsi, quand c'est le père qui est de mauvaise foi, ils seront enfants légitimes vis-à-vis de lui, quoique lui ne soit que leur père naturel; ils succéderaient à tous

ses parents et à lui-même, de même que ses parents leur succéderaient aussi, tandis que lui ne succéderait pas à ses enfants. Bien entendu, quand nous disons que ses enfants succéderaient à leur père, nous supposons que celui-ci n'est pas mort civilement; car s'il l'était, la succession ne serait plus possible, non pas que les enfants devinssent incapables de recueillir, puisqu'ils sont toujours légitimes, mais parce que le père, lui, est incapable de transmettre. Du reste, cette idée et celles qui s'y rattachent ont été suffisamment expliquées sous l'art. 25, n°s VIII, IX et X, où nous avons réfuté les deux erreurs contraires professées sur cette matière par Merlin et Delvincourt.

Puisque les père et mère se trouvent, dans ce cas, par la faveur de la loi, ou tous deux auteurs légitimes, ou l'un auteur légitime et l'autre auteur naturel légalement reconnu (car, pour le conjoint de mauvaise foi, le mariage nul équivaut forcément à une reconnaissance, hors le cas d'inceste et d'adultère), il s'ensuit qu'il faut appliquer à l'un et à l'autre, d'une manière distributive, les règles qui ont été ou qui seront expliquées pour les droits pécuniaires ou de puissance des parents, naturels ou légitimes, sur leurs enfants, et notamment celles présentées dans le chapitre Ier de ce titre quant au consentement et au conseil demandés pour le mariage.

V. — 703. D'après les explications données sur ces deux articles, on voit que pour bien comprendre les effets, différents selon les cas, qu'un mariage peut produire, et pour détailler les catégories diverses dans l'une ou l'autre desquelles un mariage doit être rangé, il faut distinguer quatre classes de mariages :

1° Le mariage nul, contracté de mauvaise foi par les deux parties, et qui ne peut jamais produire aucun effet;

2° Le mariage annulable, également contracté de mauvaise foi par les deux parties, lequel produit tous les effets du mariage tant qu'il n'est pas cassé, et peut même devenir inattaquable sous certaines conditions; mais que l'on voit s'évanouir rétroactivement, avec tous ses effets, quand l'annulation en est prononcée;

3° Le mariage nul ou annulable, mais contracté de bonne foi par les parties ou l'une d'elles, lequel, pour l'intervalle de la célébration à la déclaration de nullité, est mis par faveur au rang d'un mariage valable et en produit les effets qu'il conserve pour l'avenir; en sorte que sa déclaration de nullité se trouve être une simple dissolution;

4° Enfin, le mariage valable par les principes mêmes.

Ainsi, 1° *mariage nul* complétement; 2° *mariage annulable* complétement; 3° *mariage putatif*, c'est-à-dire nul ou annulable d'après les principes, mais valable par faveur; 4° *mariage valable*.

Du reste, et les explications déjà données le font également comprendre, ces quatre classes se réduisent définitivement à deux : 1° le mariage valable, et 2° le mariage nul... D'une part, en effet, le mariage valable comprend : 1° le mariage valable d'après les principes; 2° le mariage putatif; 3° le mariage annulable, s'il n'est pas cassé et

tant qu'il n'est pas cassé. D'autre part, le mariage nul embrasse le reste, c'est-à-dire le mariage nul *ab origine,* et le mariage annulable, une fois qu'il est rendu nul par la cassation.

CHAPITRE V

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

704. Le mariage fait naître, soit de l'un à l'autre des époux, soit des époux à d'autres personnes, des obligations de diverses natures, que l'on pourrait croire réunies, toutes ou pour la plupart, dans notre chapitre, si l'on acceptait comme exacte la généralité de sa rubrique : *Des obligations qui naissent du mariage.* Mais il n'en est pas ainsi. D'abord celles de ces obligations dont l'objet est purement pécuniaire ne sont pas tracées dans notre titre *du Mariage,* mais dans le titre V du livre III : *Du contrat de mariage* (art. 1387 et suiv.). Quant aux droits et devoirs d'un ordre plus élevé, tous ne sont pas encore dans notre titre; car c'est surtout eux qui font l'objet du titre IX : *De la puissance paternelle.* Enfin, ceux mêmes dont notre titre traite sont la matière de deux chapitres : le chap. VI, qui parle des droits et des devoirs existant d'un époux à l'autre, et notre chap. V, qui ne s'occupe que de *quelques-unes des obligations que le mariage fait naître entre les époux et d'autres personnes.*

203. — Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

SOMMAIRE.

I. Inexactitude de l'article. L'obligation naît, en mariage ou hors mariage, du fait de la génération.
II. Il ne s'agit ici que du devoir d'éducation.
III. Ce devoir est aussi consacré par la loi pour les enfants naturels. — Il est indépendant de la puissance paternelle.

I. — 705. La pensée de cet article est fort inexacte. L'obligation pour les père et mère d'*élever* leurs enfants (ce qui comprend nourrir et entretenir) ne se forme pas par un contrat et ne naît pas du mariage; car elle est identiquement la même, que les père et mère soient mariés ou non. En mariage, et hors mariage, c'est uniquement et toujours le fait de la génération qui donne naissance à l'obligation consacrée par notre article. Cette obligation, dès lors, ne résulte pas d'un contrat, d'une convention, mais d'un quasi-contrat, ainsi qu'on le voit par les art. 1370 et 1371. Et ce n'est pas seulement le droit naturel qui proclame cette vérité, c'est aussi le Code civil, puisqu'il reconnaît le droit à des aliments, non pas seulement aux enfants légitimes, mais aussi aux enfants naturels et même aux incestueux ou adultérins (art. 762, 763, 764). La disposition de notre article demandait donc une rédaction différente et ne devait pas se placer au titre *du Mariage.*

II. — 706. C'est uniquement du devoir d'éducation que notre article entend parler, et non pas de la dette alimentaire, qui est une chose toute différente.

Le devoir d'éducation, le devoir d'élever les enfants, ce qui comprend la nourriture et l'entretien, ne dure qu'autant que les enfants ne sont pas assez formés pour subvenir à leurs besoins, et cesse, par conséquent, par la majorité ou l'émancipation de ceux-ci; la dette alimentaire ne peut naître que quand le premier devoir est éteint, et elle existe, quelque âge qu'ait l'enfant, sous la double condition du besoin actuel de l'enfant et de la possibilité pour les père et mère de satisfaire à ce besoin. Le devoir d'éducation des auteurs vis-à-vis des enfants n'a pas de réciprocité possible, la dette alimentaire, au contraire, existe aussi contre les enfants au profit de leurs auteurs sous les deux conditions inverses à celles indiquées ci-dessus. Le devoir d'éducation, qui existe toujours de haut en bas et jamais de bas en haut, frappe spécialement sur le père et la mère; il ne passe jamais à des beau-père ou belle-mère, et ne peut remonter aux aïeuls et aïeules qu'à défaut du père et de la mère; la dette alimentaire, au contraire, existe pour les beau-père et belle-mère, elle se réalise pour les aïeuls et aïeules concurremment avec le père seul ou la mère seule (voy. art. 205, 206, 207).

Nous disons que notre article ne prévoit que le devoir d'éducation. La marche des idées du législateur dans notre chapitre le prouve assez. En effet, cet art. 203 considère l'enfant depuis sa naissance jusqu'au moment où il est élevé, et consacre à son profit, pour tout ce temps, le devoir d'éducation; l'art. 204 le prend à l'époque où il est en âge de s'établir; l'art. 205 l'envisage alors qu'il est devenu homme, et proclame contre lui la dette alimentaire au profit de ses père et mère et autres ascendants; l'art. 206, prévoyant le cas de son mariage, étend cette obligation de l'enfant, devenu époux, au profit de ses beau-père et belle-mère; puis l'art. 207 finit par dire que tous ceux auxquels cet enfant doit des aliments lui en doivent également, en sorte que c'est seulement dans cet art. 207 que la dette alimentaire est imposée aux père et mère... Cette distinction, d'ailleurs, était si bien dans la pensée des rédacteurs du Code, qu'après l'adoption de notre article et des art. 205 et 206, c'est-à-dire après avoir imposé aux père et mère le devoir d'éducation, et aux enfants adultes la dette d'aliments, on n'était pas d'accord sur le point de savoir si l'on imposerait aux père et mère cette dette d'aliments, dont le projet ne faisait pas même mention. Dans la discussion de l'art. 207, le conseiller Réal disait que c'était précisément pour faire sentir que l'obligation de nourrir et entretenir, imposée par l'art. 203, était restreinte au premier âge, que la section de législation avait ajouté le mot *élever* (Fenet, IX, p. 67). Le doute n'est donc pas possible (1).

Il y a donc inexactitude et aussi danger à confondre, comme le fait

(1) Merlin (*Rép.*, vº Éducat., § 1); Zachariæ (III, p. 694); Demolombe (IV, 6 et 8).

M. Demante (I, 238, 2°), l'obligation de nourrir et entretenir, faisant partie intégrante de l'obligation d'élever, et que consacre notre article, avec l'obligation de nourrir et entretenir, constituant la dette alimentaire, et qui n'est imposée aux père et mère que plus loin, par l'art. 207. Nous reviendrons sur cette idée sous cet art. 207, n° I.

III. — 707. Quelle que soit l'inexactitude de la pensée de notre article, il n'en est pas moins vrai que sa rédaction et la place qu'il occupe dans le Code ne le rendent applicable qu'aux enfants légitimes, et que le devoir d'éducation qu'il consacre pour ceux-ci n'aurait pas de sanction civile pour les enfants naturels, s'il n'existait d'autres textes à ce sujet. Heureusement ces autres textes existent; les art. 762, 763 et 764 indiquent, non pas explicitement, il est vrai, mais d'une manière non équivoque, la volonté du législateur à cet égard. En effet, le devoir d'élever l'enfant est bien plus sacré encore que celui de lui fournir des aliments quand il est adulte. Or, ce dernier devoir est proclamé par ces trois articles.

Du reste, quoique ce devoir naturel et civil d'éducation vienne de la même cause que la puissance paternelle, on conçoit qu'il en est indépendant et qu'il n'en subsisterait pas moins après qu'une interdiction judiciaire ou une condamnation aurait éteint ou suspendu la puissance paternelle (1).

204. — L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement.

708. C'est pour les parents une obligation naturelle d'établir convenablement leurs enfants. Cependant, pour donner plus de force à la puissance paternelle, assez faible dans nos mœurs, et dans la pensée que les parents n'useront de cette puissance que dans l'intérêt même des enfants, notre Code, conformément à l'ancien droit français et contrairement au droit romain, refuse positivement à ceux-ci toute action en justice à cet effet (voy. Pothier, *Communauté,* n° 646, *Dig.*, l. 19, *de Ritu nupt.*).

205. — Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin.

206. — Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse, 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces, 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés.

(1) Les père et mère ne doivent des aliments à leurs enfants que lorsque ceux-ci sont dans l'impuissance de pourvoir personnellement à leur subsistance. Paris, 18 janvier et 6 février 1862; Cass., 7 juillet 1863 (Dev., 62, 2, 227; 63, 1, 374; *J. Pal.*, 62, 758; 63, 932).

207. — Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques.

SOMMAIRE.

I. Dette alimentaire entre parents légitimes et alliés. — L'art. 206 ne comprend point le *parâtre* ni la *marâtre*. Mais il comprend tous les ascendants du conjoint. — La réciprocité posée par l'art. 207 l'est pour l'art. 205 aussi bien que pour l'art. 206. Erreur de Toullier reconnue par M. Duvergier.
II. Le convol en secondes noces de la bru éteint son droit, mais non celui de ses enfants. — Ce convol, en éteignant le droit d'exiger les aliments, n'éteint pas l'obligation de les fournir.
III. Ordre dans lequel les parents et alliés sont tenus de la dette alimentaire. — Application du système des successions.
IV. La dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible. — Erreur de Toullier. — Elle ne fait point naître le bénéfice de compétence.
V. Cas dans lesquels l'obligation de fournir des aliments engendrerait celle de payer les dettes contractées pour ces mêmes aliments.
VI. Le droit aux aliments ne passe jamais aux héritiers du créancier. Quand l'obligation passe-t-elle aux héritiers du débiteur?
VII. Suite. Erreurs de M. Vazeille et de M. Duranton.

I. — 709. Nos trois articles organisent la dette d'aliments entre parents légitimes et alliés. Ils se résument à dire que chaque individu doit les aliments à ses ascendants, aux ascendants de son conjoint, à ses descendants, aux conjoints de ses descendants; et que, réciproquement, il peut en exiger de ces mêmes personnes.

Il ne s'agit ici que des aliments dus entre parents *légitimes* et alliés. Les autres cas dans lesquels la dette d'aliments existe sont prévus par d'autres textes, savoir : entre époux, par l'art. 212 ; pour un donateur contre son donataire, par l'art. 955 ; entre un adoptant et son enfant adoptif, par l'art. 349 ; enfin, entre les père et mère et leurs enfants naturels, par les art. 762, 763, 764 et l'ensemble de la législation. Quant au cas spécial qui nous occupe, nous disons que, pour chaque individu, la demande peut être formée, par ou contre lui, contre ou par ses ascendants, les ascendants de son conjoint, ses descendants et leurs conjoints.

Ainsi formulée, notre règle ne se trouve pas en accord parfait avec le sens littéral de l'art. 206. C'est cependant à cette règle qu'il faut s'en tenir : car elle donne la vraie pensée du législateur.

D'abord, nous disons que la dette existe bien entre un individu et les ascendants de son conjoint, mais nous ne l'admettons pas entre lui et les conjoints de ses ascendants. Ainsi, je devrai des aliments au père et à la mère de ma femme, *socero, socrui ;* mais je n'en devrai pas au second mari de ma mère, *vitrico,* ni à la seconde femme de mon père, *novercæ,* que les anciens auteurs, pour les distinguer du beau-père et de la belle-mère proprement dits, appelaient *parâtre* et *marâtre.* De même je devrai des aliments à mon gendre, l'époux de ma fille, *genero,* et à ma bru, la femme de mon fils, *nurui,* mais je n'en devrai pas à mon beau-fils ou à ma belle-fille, enfants du premier lit de ma femme, *privigno vel privignæ,* que nos anciens auteurs appelaient *filiâtres.* Sous ce premier rapport, notre règle ne fait que reproduire plus claire-

ment le texte de l'art. 206; puisque cet article, qui, à la vérité, parle de beau-père et de belle-mère, ce qui, dans le langage du monde, embrasse le parâtre et la marâtre, n'en parle que par corrélation avec le gendre et la bru, ce qui prouve qu'il ne s'agit que des beau-père et belle-mère proprement dits, *socer* et *socrus*, c'est-à-dire des ascendants du conjoint, et non pas des conjoints de l'ascendant. D'ailleurs, le doute n'est pas possible sur ce point, puisque c'est précisément pour qu'on ne pensât pas aux parâtre et marâtre, que le Conseil d'État a fait rejeter la rédaction première du projet : *Les enfants doivent des aliments à leurs ascendants*... et A LEURS ALLIÉS *dans la même ligne*. (Fenet, p. 66 et 70).

Mais nous disons ensuite que les aliments sont dus à tous les ascendants du conjoint et aux conjoints de tous les ascendants ; ainsi, j'en devrai au grand-père et à l'arrière-grand-père de ma femme, à la femme de mon petit-fils et au mari de mon arrière-petite-fille (1). Or, ici nous contredisons le texte de l'art. 206, ou du moins nous l'étendons bien au delà de ses termes ; puisqu'il ne parle, lui, que des beau-père, belle-mère, gendre et bru. C'est qu'en effet la rédaction de cet article deviendrait inexacte sous ce rapport, et rendrait mal la pensée de la loi, si l'on prenait dans un sens limitatif les expressions *beau-père, belle-mère, gendre* et *bru*, qui n'y ont été mises que dans le seul but d'exclure le parâtre et la marâtre, les beaux-fils et les belles-filles, auxquels on craignait de voir appliquer l'expression trop large d'*alliés*. Ainsi, M. Tronchet, en proposant l'emploi des mots *beau-père* et *belle-mère*, dit positivement que c'était pour exclure le parâtre et la marâtre et *restreindre l'effet de la disposition aux ascendants de l'autre époux* (*ibid.*, p. 66). M. Berlier proposait de retrancher la disposition relative aux aliments dus aux *alliés de la ligne ascendante*, comme étant inutile, attendu que le père ayant toujours action contre sa fille après le mariage de celle-ci, et cette action devant se diriger contre son gendre, on arriverait toujours au même résultat (*ibid.*, p. 69). Or, le grand-père ayant également l'action contre sa petite-fille, et par suite contre l'époux de celle-ci, la pensée de M. Berlier était donc qu'après le retranchement de la disposition, l'action appartiendrait toujours à tous les ascendants du conjoint. Enfin, c'est avec cette même pensée, qui était d'ailleurs celle du Conseil entier, que le consul Cambacérès indique les termes qui forment aujourd'hui l'article (Fenet, p. 70).

Tenons donc pour certain que les expressions corrélatives *beau-père* et *belle-mère, gendre* et *bru*, sont employées par l'article, non par opposition aux ascendans supérieurs du conjoint, mais seulement par opposition aux parâtre et marâtre. Tenons pour certain qu'en ce qui concerne les ascendants, ces expressions sont mises *enuntiativè*, et que

---

(1) *Sic* : Vazeille (II, n° 395) ; Massé et Vergé (§ 141, p. 221, note 4) ; Aubry et Rau (t. IV, § 553) ; Valette (sur Proudhon, I, p. 446, note *a*) ; Demolombe (t. IV, n° 25).
Contrà : Coffinières (*Encyclop.*, v° Aliments) ; Allemand (t. II, n° 1236) ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain (t. I, n° 356) ; Grenoble, 9 août 1862 (Dev., 63, 2, 58 ; *J. Pal.*, 63, 713).

ce mode de rédaction tient au défaut d'une expression générique après le rejet du mot *alliés*.

710. Ce point une fois éclairci, la règle que nous avons présentée ne peut pas offrir d'autre difficulté : car l'existence de la dette alimentaire entre tous les ascendants et descendants est évidente par la simple lecture des deux art. 205 et 207. Cependant, Toullier, qui donne sur le point précédent la décision que nous avons critiquée et rejetée (II, 612, *in fine*), présente sur celui-ci une doctrine aussi étrange qu'erronée en disant (*ibid.*, *in princ.*) qu'à la vérité, à défaut de père et mère, les ascendants supérieurs doivent les aliments; mais que, néanmoins, cette obligation ne leur étant point imposée littéralement, les tribunaux pourraient rejeter l'action sans violer la loi, et par conséquent sans craindre la cassation. D'après la théorie de cet auteur, la réciprocité de l'art. 207 n'est pas établie pour l'art. 205, mais seulement pour l'article 206; en sorte que si la loi oblige les père et mère à la dette d'aliments, ce n'est pas par eet art. 205, mais par l'art. 203... On voit que cette erreur de Toullier, rejetée au surplus par son annotateur, M. Duvergier, comme par les autres auteurs (1), provient de la confusion par lui faite entre le devoir d'éducation et la dette alimentaire, et l'on comprend maintenant pourquoi nous avons dit que cette confusion était dangereuse.

Si la réciprocité de l'art. 207 ne s'appliquait pas à l'art. 205, ce ne seraient pas seulement les ascendants supérieurs, mais aussi les père et mère eux-mêmes, qui seraient exempts de la dette alimentaire, une fois le devoir d'éducation rempli. Cela est si vrai que, comme nous l'avons dit déjà, l'art. 203 était déjà adopté, que l'on disputait encore au Conseil d'État sur la dette alimentaire imposable même aux père et mère : « Un père, disait M. Boulay, ne doit pas d'aliments à son fils majeur; il n'est tenu que d'élever ses enfants. » Et M. Réal ajoutait que c'était pour restreindre l'obligation au premier âge que la section avait placé le mot *élever* après celui *entretenir* (Fenet, p. 67)... Donc l'art. 203 n'a plus rien à faire ici, et si les ascendants supérieurs ne sont pas tenus de la dette alimentaire, qui naît après l'éducation, les père et mère ne le seront pas davantage; que si les père et mère sont tenus, c'est par l'art. 207, et dès lors les autres ascendants le seront comme eux et aussi littéralement qu'eux. Et sans doute ils le sont; l'art. 207 s'applique aussi bien à l'art. 205 qu'à l'art. 206; tout le prouve, et l'on s'attriste, en vérité, de voir des auteurs aussi graves que Toullier traiter des questions d'une manière aussi superficielle.

En discutant l'art. 207 au Conseil, ce n'était pas seulement du beau-père qu'on parlait, c'était aussi du père; les paroles de MM. Boulay et Réal, citées plus haut, et que nous trouvons dans la discussion de ce principe de réciprocité, le montrent assez clairement. Or, puisque ce

(1) Duranton (II, 387); Zachariæ (III, p. 690); Coffinières (*Encycl.*, vº Alim., nº 7); Duvergier (sur Toullier, *loc. cit.*); Demolombe (IV, 23).

principe de réciprocité, définitivement admis, comprend le père, donc il tombe sur l'art. 205 ; donc il embrasse aussi les autres ascendants... Mais il y a plus encore : les dispositions qui forment aujourd'hui les art. 205 et 206 étaient si bien assimilées entre elles; les ascendants parents et les ascendants alliés, c'est-à-dire les ascendants du conjoint, étaient si bien mis sur la même ligne, que ces deux dispositions ne formaient alors qu'un seul article, l'art. 2 du chapitre. Donc, quand le principe de réciprocité qui forme l'art. 207 a été discuté et admis, c'est pour *cet article unique* qu'il l'a été, et par conséquent, pour les ascendants parents, comme pour les ascendants du conjoint. Il est fâcheux d'avoir à grossir un volume par des développements portant sur des points aussi clairs; mais l'énorme autorité qu'on a faite à Toullier nous y forçait.

II — 711. D'après l'art. 206, le convol en secondes noces fait perdre à la belle-mère le droit qui lui est accordé vis-à-vis de son gendre ou de sa bru. Ainsi, quand la mère de ma femme, devenue veuve, se remarie, je ne lui dois plus d'aliments : ma femme, bien entendu, lui en doit toujours; mais moi, personnellement, je ne lui en dois pas; et si ma femme est morte ou vient à mourir, ma belle-mère n'a plus rien à réclamer de ma maison, à cause de son nouveau mariage.

Quoique la loi ne le dise pas catégoriquement, il est clair que, réciproquement, la bru, devenue veuve, perd en se remariant le droit d'agir contre son beau-père ou sa belle-mère; par le nouveau mariage, la bru, comme la belle-mère, se placent dans une nouvelle famille, dans la dépendance et sous la protection d'un étranger, par l'alliance duquel elles vont trouver de nouveaux droits. Mais, bien entendu, le convol de la belle-mère n'empêche pas la dette et la créance d'aliments d'exister toujours entre elle et les enfants de son gendre ou de sa bru, qui sont les enfants de sa fille ou de son fils, et dès lors ses petits-enfants. Il en est de même du convol de la bru, lequel laisse subsister le devoir réciproque entre ses enfants et ses beau-père et belle-mère, qui restent les aïeul et aïeule paternels de ces enfants. En effet, le nouveau mariage de la femme alliée peut bien relâcher l'alliance, mais il ne peut pas modifier la parenté.

Quand c'est le convol d'un beau-père ou d'un gendre qui a lieu, le devoir réciproque d'aliments n'est pas modifié, à cause de cette considération que ce n'est pas le mari, mais la femme, qui par le mariage change de famille et d'état.

Du reste, si le convol en secondes noces de la femme alliée éteint son droit, il n'éteint pas également ses obligations. Si le nouveau mariage de ma belle-mère éteint mon obligation de lui fournir des aliments, parce que, le cas échéant, elle en pourra demander aux père, mère et autres ascendants de son nouveau mari, il n'éteint pas le droit que j'aurai de lui en demander, si je me trouve dans le besoin et qu'elle soit en état de m'en fournir.

712. Outre cette première cause éteignant pour la femme alliée son droit aux aliments, il en est une seconde qui brise en même temps et

le droit d'exiger et l'obligation de fournir, et qui s'applique aux alliés mâles aussi bien qu'aux femmes; c'est la mort du conjoint dont l'union avait formé l'alliance, et la non-existence d'enfants issus de cette union. Ainsi, après la mort de ma femme, si j'ai, et tant que j'aurai, un ou plusieurs enfants d'elle, je devrai des aliments à mon beau-père, à ma belle-mère et à tous les ascendants de ma femme défunte, lesquels m'en devront réciproquement; mais si ces enfants viennent à mourir, cette obligation cessera réciproquement et pour tous. La loi pense que, quand il n'existe plus aucune des personnes qui formaient le lien commun des deux familles, l'alliance se trouve par trop relâchée pour produire de part et d'autre la dette d'aliments (1).

III. — 713. Le Code, en organisant la dette alimentaire, reste muet sur l'ordre suivant lequel les différents parents et alliés devront être appelés à l'acquitter. Il est évident, cependant, que la pensée de la loi ne peut pas être que tous les parents et alliés en seront tenus de la même manière et indistinctement; le devoir de tels et tels n'existera qu'à défaut de tels ou tels autres. Ainsi, quand j'ai un fils jouissant de 30 000 francs de revenu, je ne serai pas reçu, évidemment, à demander des aliments à mon beau-père. Les rédacteurs de notre chapitre pensaient bien qu'il y aurait un certain ordre à suivre et que l'obligation de celui-ci primerait, comme plus sacrée, l'obligation de celui-là, eux qui, après avoir admis dans les art. 205 et 206 la dette des descendants envers les ascendants, ont tant balancé pour admettre réciproquement celle des ascendants envers leurs descendants. Mais quel sera cet ordre sur lequel la loi garde le silence?

D'abord, il nous paraît évident que les parents devront, par la force des choses et dans l'esprit de la loi, passer avant les alliés. Le Code s'occupe des parents en premier lieu, avant d'arriver aux alliés. Et, en effet, le lien qui unit les parents est d'une tout autre force que l'alliance; il donne, d'ailleurs, des droits de successibilité que la seconde ne donne jamais, et il est bien juste que la cause qui engendre le droit de recueillir les avantages dans la prospérité, fasse naître aussi l'obligation de supporter les charges dans le malheur : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet.* Aucun allié ne devra donc être tenu de la dette alimentaire, tant que quelque parent sera en état d'y pourvoir suffisamment.

714. Mais maintenant, et après cette division des débiteurs en deux classes, quel ordre suivra-t-on dans chacune de ces classes? La règle nous paraît facile à trouver. Cette idée de justice, de mettre les charges, en cas d'adversité, là où seraient les avantages, si la prospérité renaissait, commande d'appliquer entre les parents, pour la dette alimentaire, les règles que la loi a posées entre eux, quand il s'agit de recueillir les successions; en sorte que nous dirons absolument : *Ubi successionis emolumentum, ibi onus alimentorum esse debet.* La loi commence elle-même l'application de ce système, en imposant l'obligation aux des-

(1) Alors même que le gendre serait, pour une part quelconque, héritier de sa femme. Montpellier, 30 mai 1866 (Dev., 66, 2, 364).

cendants, avant de l'imposer aux ascendants, de même qu'elle appelle ces descendants à l'hérédité, à l'exclusion des derniers. Quant aux alliés, quoique entre eux le droit de successibilité n'existe plus, on leur appliquera néanmoins le même système. En effet, l'alliance étant une imitation de la parenté, il est clair que dans les cas et les limites où la loi lui donne les mêmes effets qu'à cette parenté, elle devra produire ces effets d'après les mêmes règles.

Ainsi, l'ordre dans lequel se présentent les personnes desquelles les aliments peuvent être exigés, est celui-ci : 1° les enfants, et avec eux ceux des petits-enfants dont l'auteur serait décédé, comme représentant cet auteur ; 2° les petits-enfants, et avec eux également les arrière-petits-enfants à la représentation d'un petit-enfant décédé ; en observant que quand plusieurs descendants sont appelés à payer la dette comme représentant leur auteur, ils ne sont tenus, à eux tous, que de la part dont cet auteur serait tenu, s'il vivait (art. 731, 740, 743, 745) ; 3° les père et mère, s'ils vivent tous deux ; que si l'un d'eux est mort, le survivant avec les aïeul et aïeule de l'autre ligne, c'est-à-dire avec les père et mère de l'auteur décédé, lesquels ne supporteront que chacun un quart, tandis que l'auteur survivant sera tenu de l'autre moitié ; 4° à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, et ainsi de suite (art. 746). Enfin, à défaut de descendants et d'asendants, on appellera les alliés, pour lesquels le même ordre sera suivi (1).

Il est évident, du reste, que quand nous parlons ici du *défaut* de telles personnes, nous ne parlons pas seulement du cas où ces personnes seraient mortes, mais aussi du cas où elles seraient hors d'état de fournir les aliments, ou ne pourraient les fournir qu'en partie. Même dans ce dernier cas, il y aurait lieu d'imposer la dette aux personnes qui viennent ensuite, pour la portion que les premières ne pourraient donner.

715. Le système que nous indiquons ici pour l'ordre à suivre dans la prestation de la dette alimentaire, est loin d'être accepté par tous les jurisconsultes : la plupart ne l'admettent que pour partie, et en rejetant, ceux-ci telle règle, ceux-là telle autre. Or, un choix quelconque nous paraît ici impossible. Car, de deux choses l'une : ou bien l'on reconnaît, comme étant dans l'esprit de la loi, l'analogie et la corrélation de notre matière avec la délation des successions, et alors il faut admettre le système entier, si l'on ne veut pas tomber dans l'arbitraire ; ou bien il faut rejeter le système entier et imposer également la dette à tous les parents et alliés, ce qui contredirait et les principes du droit naturel et la pensée que manifeste déjà l'ordre de nos trois articles.

Un point, contraire à notre système, sur lequel plusieurs auteurs

---

(1) Jugé que le gendre est placé sur la même ligne que le fils vis-à-vis de son beau-père. En conséquence, il ne peut prétendre qu'il n'est tenu envers ce dernier de la dette des aliments qu'autant que les fils ou petits-fils seraient dans l'impossibilité de la fournir. Cass., 17 mars 1856 (Dev., 56, 1, 487 ; *J. Pal.*, 56, 2, 221). *Comp.* Cass., 7 juillet 1868 (Dev., 68, 1, 437).

paraissent d'accord, c'est de n'imposer la dette aux ascendants supérieurs qu'à défaut des père *et* mère. Ainsi, d'après M. Duranton (II, 389), le petit-fils qui a encore ses père et mère, *ou l'un d'eux*, ne peut s'adresser à l'aïeul; et Toullier, moins explicitement, professe la même doctrine. Donc, après la mort de ma mère, mon père serait tenu de me fournir les aliments en entier et sans qu'aucune partie de la dette pût retomber sur mes aïeul et aïeule maternels... Cette doctrine, erronée selon nous, nous la comprenons chez Toullier; elle résulte chez lui de cette idée fausse, que la dette alimentaire n'est proclamée au profit des enfants que par l'art. 203, qui ne l'impose rigoureusement qu'aux père et mère; elle est une conséquence de la confusion par lui faite entre le devoir d'éducation, qui n'existe, en effet, pour les ascendants supérieurs qu'à défaut du père et de la mère, et la dette d'aliments, que les art. 205 et 207 organisent différemment. Mais nous ne saurions nous expliquer cette erreur chez M. Duranton, qui comprend et développe la portée de l'art. 207, et qui appuie précisément sa décision sur ce principe qui la renverse : *Ubi emolumentum successionis, ibi onus alimentorum.* C'est par la qualité d'*héritier présomptif de l'enfant* que M. Duranton veut, comme nous, qu'on détermine la dette; or, quand l'enfant, au lieu d'avoir ses deux auteurs, n'a plus que l'*un d'eux* et son aïeul de l'autre ligne, cet aïeul est héritier présomptif pour moitié, et l'auteur survivant ne l'est que pour l'autre moitié (art. 746). La conclusion contraire à celle de M. Duranton est assurément facile à tirer de là. Aussi croirions-nous que M. Duranton n'a écrit que par inadvertance les mots *ou l'un d'eux,* s'ils ne se retrouvaient dans toutes ses éditions... M. Demolombe (IV, 47) partage ici pleinement nos idées.

IV. — 716. C'est une de ces questions fort simples au fond, et très-controversées pourtant par les auteurs, que celle de savoir si la dette alimentaire n'est pas solidaire, ou si, du moins, elle n'est pas indivisible.

On appelle *solidaire,* la dette qui, existant sur plusieurs codébiteurs qui se sont obligés ou que la loi oblige à payer l'un pour l'autre, comme mandataires réciproques, peut être exigée en entier, *in solidum*, de celui de ces codébiteurs que le créancier voudra attaquer (art. 1200). La dette *indivisible* est celle qui, par la nature même de son objet (nature réelle ou seulement légale), n'est pas susceptible d'être exécutée pour partie (art. 1217 et 1218). La nature et les effets de ces deux obligations, ainsi que les différences qui les séparent, seront expliquées plus tard, sous les art. 1197 à 1225.

Toullier enseigne que l'obligation alimentaire est solidaire et indivisible (II, 613; VI, 779); M. Duranton (IV, 424 et 425), en établissant qu'elle n'est pas solidaire, en admet l'indivisibilité. Nous pensons, nous, qu'elle n'est ni indivisible ni solidaire. Telle est aussi la doctrine de MM. Zachariæ (III, p. 695), Valette (I, p. 448), Duvergier (sur Toull., *loc. cit.*) et Demolombe (IV, 63); et parmi les arrêts contradictoires et souvent obscurs rendus sur cette matière, il en est un de la

Cour de Lyon, du 3 janvier 1832, motivé d'une manière aussi logique que concise, qui décide dans ce même sens (1).

Cette obligation n'est pas indivisible; car, soit les aliments en nature, soit l'argent au moyen duquel on se les procurera, peuvent, sans aucun doute être fournis par deux, trois ou quatre personnes. C'est ce que dit fort bien, dans son *Extricatio labyrinthi* (2e part., n° 238), le célèbre Dumoulin, que Toullier pourtant indique (t. VI, n° 779) comme autorité à l'appui de son opinion : *quamvis quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt; id est, res quibus alemur, pro parte, sive ab uno sive à pluribus, præstari possunt, ut natura et experientia docent.* Divisible par le fait et aux yeux de la raison, la dette des aliments l'est aussi dans la volonté expresse du législateur, puisque, d'après l'art. 208, ils ne sont accordés que *dans la proportion de la fortune de celui qui les doit.* Ainsi, s'ils sont dus par deux enfants, dont l'un est moitié plus riche que l'autre, ce dernier ne devra être condamné qu'à un tiers, et le premier à deux tiers. Donc, d'après l'article 208, non-seulement il y aura des parts; mais, de plus, ces parts seront souvent inégales.

Maintenant, cette obligation n'est pas solidaire. En effet, d'après l'art. 1202, la solidarité ne naît jamais de la nature de la créance; elle n'existe que quand elle est formellement convenue, ou quand la loi l'a imposée par une disposition expresse. Or, aucun texte ne déclare solidaire la dette dont il s'agit ici. Il est vrai que, dans l'ancien droit, le juge pouvait charger un seul des héritiers d'acquitter en entier le legs d'aliments imposé à tous par le testament. Dumoulin nous le dit; mais il a soin d'expliquer que c'est là un effet du pouvoir du juge, et et non un résultat direct de la disposition : *Hoc autem fit officio judicis; quia, vi ipsâ, nemo plurium debet in solidum.* Mais il est clair que ce pouvoir arbitraire n'appartient plus aux tribunaux et que le jugement qui en userait serait cassé, comme violant les principes de notre droit, et spécialement l'art. 1202.

716 *bis*. Proudhon, qui, après avoir professé l'indivisibilité proprement dite de la prestation alimentaire, finit (*Usufr.*, I, 61, 62) par la présenter comme indivisible, en ce sens seulement que si, parmi les personnes qui pourraient la devoir, une seule est en état de la fournir, elle seule la devra en entier (ce qui n'est plus un cas d'indivisibilité, mais l'application pure et simple de l'art. 208, qui ne fait naître la dette que contre celui qui est en état de l'acquitter); Proudhon, disons-nous, semble dire (*ibid.*, n° 157), contrairement à la doctrine de tous les auteurs, que le droit aux aliments entraîne, au profit de ceux auxquels il appartient, le bénéfice de compétence... Les commentateurs du droit romain ont appelé *beneficium competentiæ* le droit

---

(1) *Sic :* Larombière (t. II, art. 1221, n° 36); Aubry et Rau (t. IV, § 553); Limoges, 19 février 1846; Cass., 15 juillet 1861; Caen, 1er mai 1862 (Dev., 47, 2, 92; 62, 1, 172; 62, 2, 514; *J. Pal.*, 48, 2, 698; 63, 129); Grenoble, 8 avril 1870 (Dev., 71, 2, 36). *Contrà :* Bordeaux, 24 juin 1846; Douai, 9 mai 1853 (Dev., 46, 2, 655; 54, 2, 161; *J. Pal.*, 55, 1, 256). — Voy. aussi Pau, 23 déc. 1856, 24 nov. 1863 (Dev., 66, 2, 104).

qu'avaient les ascendants, le patron, les coassociés, le donateur, le beau-père pour la dot par lui promise, et d'autres personnes encore, de ne pouvoir être poursuivis par leurs descendants, affranchis, donataires, etc., que jusqu'à concurrence de ce qu'ils pouvaient payer et sous la déduction de ce qui leur était nécessaire pour subsister (*Instit.*, l. 4, t. 6, § 38; *Dig.*, I, 23, t. 3, *passim*). Il suit de là que les personnes dont il s'agit ne pouvaient jamais être expropriées en entier par ces descendants, affranchis, etc. Or, rien de semblable n'a jamais été admis en France; il y a longtemps que Bugnyon rangeait ce bénéfice dans son livre *De legibus abrogatis et inusitatis in regno Franciæ* (l. I, sect. 12). Chez nous, le fils même, créancier de son père, a contre lui tous les moyens d'exécution, à l'exception seulement de la contrainte par corps (L. 17 avril 1832, art. 19); et, dès lors, il peut l'exproprier en entier, sauf à lui fournir des aliments, si ce père n'a pas une profession qui fournisse à ses besoins (1).

Mais de ce que le père n'a pas de bénéfice de compétence pour restreindre l'effet des poursuites d'un fils, son créancier, il n'en faut pas conclure, comme le fait Toullier (*ibid.*), qu'un père ne pourra jamais demander d'aliments à son fils qu'en lui abandonnant le peu de bien qu'il possède. On ne conçoit guère d'où a pu venir à Toullier une telle idée. Le père gardera son bien; et, puisque, par hypothèse, ce bien est insuffisant, le fils fournira au reste.

V. — 717. La dette d'aliments peut-elle entraîner, pour celui qui en est tenu, l'obligation de payer les dettes de celui à qui elle est due? Il est évident que non; l'obligation de nourrir et entretenir une personne n'a aucun rapport avec celle d'acquitter les dettes plus ou moins considérables dont cette personne peut être grevée.

Mais, s'il en est ainsi en principe, on conçoit qu'il en serait autrement, s'il s'agissait de dettes dont l'aquittement serait précisément l'exécution de l'obligation d'aliments. Ainsi, mon père, demeurant très-loin de moi, se trouve tout à coup sans aucune ressource, et, pendant les quelques mois qui s'écoulent jusqu'à ce qu'il reçoive de moi les secours auxquels il a droit, il vit au moyen de l'argent que lui prête un ami. Je serai tenu, précisément comme devant des aliments à mon père, de rembourser les emprunts qu'il a dû faire. En effet, dès-là que le tribunal, s'il y a procès, reconnaîtra que mon père a été dans le besoin à partir de telle époque, il s'ensuivra qu'à compter de cette époque, c'est moi qui me suis trouvé obligé de fournir à son entretien et, par conséquent, le prêteur de deniers, en y subvenant lui-même, a fait ce que je devais faire; il a payé pour moi, à mon insu, il a exécuté ma propre obligation; il y a donc là le quasi-contrat de gestion d'affaires, qui, aux

(1) Delvincourt, Toullier (II, 613); Duranton (II, 401); Vazeille (II, 513); Valette (sur Proudhon, I, p. 450); Demolombe (IV, 56).

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour prescrire des sûretés destinées à garantir le service d'une pension alimentaire due en vertu d'une décision judiciaire, alors surtout que le débiteur cherche à se soustraire à cette obligation en faisant disparaître ses ressources. Lyon, 5 février 1869 (Dev., 69, 2, 250).

termes de l'art. 1375, oblige celui dont l'affaire a été administrée à rembourser toutes les dépenses utiles qui ont été faites.

VI. — 718. La mort de celui à qui les aliments sont dus, éteint la créance alimentaire, laquelle ne peut jamais passer à ses héritiers ou légataires, puisqu'elle est rigoureusement attachée à la personne. Mais il n'en est pas de même de la dette, laquelle passe très-bien contre les héritiers ou légataires du débiteur, dès-là qu'elle a existé avant la mort de ce débiteur. Ainsi, quand je suis condamné à faire à mon gendre une pension alimentaire de 600 francs, il est évident que la mort de ce gendre éteindra sa créance, laquelle ne saurait passer au cousin qui se trouve être son héritier. Au contraire, si c'est moi, débiteur de la pension alimentaire, qui viens à mourir, le cousin, ou même l'étranger, légataire universel, qui vient prendre mes biens, sera toujours tenu de servir la pension à mon gendre, parce qu'il n'est pas nécessaire que mon successeur ait telle ou telle qualité pour que cette obligation, née contre moi, se continue en sa personne.

En deux mots : Toutes les obligations existant contre une personne font partie de son passif, comme ses créances font partie de son actif; les unes comme les autres, par conséquent, font partie de son patrimoine et doivent passer à ses représentants, si une raison particulière ne s'y oppose. Or, cette raison particulière existe bien pour empêcher la transmission de la créance, que la raison dit ne devoir profiter à aucun autre que le créancier pour lequel on l'a établie; mais, au contraire, rien n'empêche que la dette soit acquittée par un individu quelconque (1).

VII. — 719. Pour que la réalisation de notre hypothèse soit possible, il faut que ma fille, épouse de mon gendre, existe encore, sans quoi, d'après l'art. 206, les aliments ne seraient pas dus. Maintenant, pour que, dans ce cas d'existence de ma fille, je puisse avoir un légataire qui prenne tout mon bien, il faut supposer que ma fille avait reçu de son vivant, et par avancement d'hoirie, par présuccession, le montant de sa réserve, qui avait été dissipée ensuite.

Du reste, pour que la dette passe aux héritiers ou légataires, il n'est pas nécessaire, comme nous l'avons supposé, qu'un jugement soit intervenu contre le débiteur. En effet, pour qu'une obligation fasse partie du passif d'une succession, il n'est pas nécessaire qu'elle soit établie, prouvée, avant la mort du défunt; il suffit qu'avant ce moment elle soit née, sauf aux ayants droit à la prouver plus tard. Or, un jugement ne fait pas naître les droits, il les déclare et les constate. D'après ce principe, qui est incontestable, il n'est pas nécessaire non plus que l'obligation ait été reconnue par une convention formelle; il suffit, nous le répétons, qu'elle soit née. Or, le texte formel de l'art. 205, et avec lui la raison, disent que la dette existe par cela seul que le parent ou l'allié est dans le besoin; donc, c'est le fait de l'indigence antérieure au décès

(1) Nancy, 15 nov. 1824; Amiens, 28 mai 1825; Rej. civ. (sur arrêt conf. de Montpellier), 12 déc. 1848; *Gaz. des trib.* du 14. *Comp.* Dijon, 17 août 1860 (Dev., 60, 2, 560; *J. Pal.*, 61, 153).

qui donne existence à la dette et qui la fait passer aux successeurs du débiteur. M. Vazeille commet donc une erreur quand il enseigne (t. II, nos 525 et 526) que l'obligation ne se transmet qu'autant qu'elle a été fixée par un jugement ou par un traité; et M. Duranton tombe dans l'erreur contraire (II, 407), quand il dit qu'elle fait *toujours* partie de la succession, alors même que l'indigence serait postérieure au décès.

L'erreur de M. Duranton, plus favorable et aussi plus spécieuse que celle de M. Vazeille, repose sur cette idée que l'indigence du parent est, non pas la cause génératrice de l'obligation, mais seulement *une condition* qui suspend l'effet de cette obligation. L'obligation conditionnelle, ainsi qu'on l'a vu déjà, est celle qui peut-être existe et peut-être n'existe pas, selon que la condition sera ou non accomplie plus tard. Ainsi, je contracte aujourd'hui une obligation sous telle condition; eh bien! si cette condition s'accomplit plus tard, non-seulement je serai obligé pour l'avenir, mais je l'aurai toujours été, à partir d'aujourd'hui même; que si la condition ne s'accomplit pas, l'obligation n'existera pas et n'aura pas existé. Donc (et c'est ce qu'il ne faut jamais perdre de vue), lorsque la condition, qui suspend l'effet d'une obligation, vient à s'accomplir, l'effet se produit rétroactivement et à compter du moment même où le contrat s'est formé. C'est ce que dit positivement l'art. 1179.

Or, M. Duranton, qui ne fait en cela que reproduire une idée fausse de Delvincourt, prétend que la ruine qui met mon père hors d'état de subvenir à ses besoins, n'est que l'accomplissement de la *condition* qui suspendait mon obligation de l'entretenir, et que la *cause* génératrice de cette obligation, c'est ma naissance même. Mais c'est là une erreur profonde et qu'un peu de réflexion fait toucher du doigt. En effet, d'après la doctrine de M. Duranton, si mon père meurt à soixante-dix ans, après avoir conservé sa fortune jusqu'à la fin, je ne lui aurai jamais dû d'aliments, ce qui est vrai; mais si, au moment de sa mort, il est dans la misère depuis cinq ans, ce ne sera pas seulement à partir de sa ruine et pour ces cinq années que mon obligation aura existé, mais à partir de ma naissance même. Par exemple, en 1840, mon père, qui avait toujours eu un patrimoine considérable, se trouve complétement ruiné; moi, qui n'avais eu rien jusqu'en 1835, j'ai fait rapidement une belle fortune dans ces cinq dernières années; M. Duranton nous dit que, par l'accomplissement de la double *condition* de ma fortune et du besoin de mon père, je lui dois et *je lui ai toujours dû* des aliments. Ainsi, en 1830, alors que mon père avait 25 000 francs de revenu et que moi je n'avais pas un sou, c'est moi qui étais obligé de nourrir mon père!... Et s'il en est ainsi, si mon devoir de le nourrir, et son droit de se faire nourrir par moi ont toujours existé, je lui dois donc les arrérages de toutes les années écoulées depuis ma naissance!... Nous croyons inutile d'insister davantage. Qui ne voit que mon aisance et le besoin de mon père sont précisément les faits qui créent son droit et mon obligation; qu'au lieu d'en être simplement la condition, ils en sont la cause efficiente, et que le fait de ma nais-

sance, au lieu d'en être le principe générateur, est tout simplement la circonstance qui rend le droit et l'obligation possibles par le lien de parenté qu'il fait exister?

C'est uniquement pour le devoir d'éducation, lequel est unilatéral et n'existe que sur les auteurs au profit des enfants, que l'idée de M. Duranton présente quelque chose de vrai. Nous disons *quelque chose,* car tout n'est pas exact encore; on ne peut pas encore dire que l'obligation est *contractée par la naissance*. Ce n'est point par la naissance, c'est par la génération même, que l'obligation des auteurs se forme : car, quand l'enfant est encore dans le sein de sa mère, ses auteurs sont déjà obligés de lui donner les soins que son état réclame. Il est évident aussi que ce n'est pas par un *contrat* que l'obligation se forme alors.

208. — Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit.

209. — Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est replacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

SOMMAIRE.

I. C'est toujours sur le besoin actuel et sur les facultés actuelles que se mesure la pension alimentaire.
II. Cas de plusieurs codébiteurs.

I. — 720. Ces deux articles, dont le second n'est que la conséquence du premier, posent des règles que la raison seule aurait proclamées et que l'on aurait certainement appliquées, alors même qu'elles n'auraient pas été écrites dans la loi.

C'est sur le besoin de celui qui demande, et sur les facultés de celui à qui l'on demande, que doit évidemment se mesurer la quotité des aliments, c'est-à-dire le chiffre de la somme qui doit les représenter. Ainsi, quand la fortune du débiteur est suffisante pour faire face à toutes les nécessités possibles, la dette n'aura pas d'autres limites que les besoins mêmes du réclamant, si onéreux qu'ils puissent être. Quand, au contraire, les facultés du débiteur ne permettront pas de dépasser telle somme, il faudra bien rester dans ces limites, alors même que le besoin du réclamant demanderait qu'on les dépassât.

Du reste, l'appréciation soit du besoin, soit des facultés, ne devra jamais se faire d'une manière absolue, mais relativement à la personne et en tenant compte de son éducation, de sa position sociale, de son genre de vie. Ainsi, le haut personnage qui a toujours joui, et dont l'enfant jouit également de 60 000 francs de rente, est dans le besoin, quand il est réduit à un revenu de 800 francs; tandis qu'un petit cultivateur, désormais hors d'état de travailler, n'est pas dans le besoin avec 5 ou 600 francs de revenu. Bien mieux, on devra accorder au premier,

malgré le bien qu'il a encore, une somme plus forte que celle qu'on accorderait au cultivateur qui n'a rien.

De même pour les facultés de celui à qui l'on demande; de deux individus dont chacun gagne 4 000 francs par an, celui qui n'est tenu à aucune espèce de représentation, le commis d'une maison de commerce, a des facultés bien plus grandes que celui qui est obligé de jouer un rôle dans la société, par exemple, le conseiller d'une cour.

Maintenant, la fixation primitive peut et doit recevoir postérieurement, d'après les circonstances, des modifications en sens contraire que la raison indique assez... Si les facultés du débiteur augmentent, soit par augmentation effective de fortune, soit par diminution de charges ou changement de rang social, la pension, si elle n'avait pas été portée d'abord à son plus haut chiffre, peut être élevée. Si, au contraire, les facultés diminuent, cette pension, quoique restreinte déjà dans l'origine, peut être restreinte encore davantage. Si les besoins augmentent, la pension, pourvu quelle n'atteigne pas les limites de ce que peut faire le débiteur, doit être augmentée. Quand ces besoins diminuent, la pension, si elle avait été mise à son plus haut chiffre, doit être diminuée. Enfin, si le besoin de la pension ou la possibilité de la payer disparaissent en entier, cette pension sera supprimée.

En un mot, c'est toujours par les limites réciproques du besoin actuel du créancier et des facultés actuelles du débiteur, que la pension doit être mesurée, et il est bien évident que, si l'art. 209 ne parle que du cas de suppression ou de diminution, ce n'est pas pour exclure le cas réciproque d'augmentation (1).

II. — 721. Dans le cas de plusieurs débiteurs, c'est toujours d'après ces mêmes principes que la dette et la créance alimentaires doivent se régler, soit pour la fixation primitive, soit pour les modifications postérieures que les circonstances peuvent apporter. Il est évident, en effet, que ce qui est dit par la loi de *celui qui doit les aliments,* s'entend aussi de ceux qui les doivent concurremment. Ainsi, quand un père, privé de toutes ressources, a trois enfants dont les fortunes réunies présentent une valeur considérable, on devra fixer une somme qui satisfasse complétement à tous les besoins du père, et la part à fournir par chacun des trois enfants sera déterminée en proportion de sa fortune comparée à celle de ses frères. Si donc on alloue au père une pension de 1 500 francs, et que, des trois enfants l'un possède 250 000 francs, l'autre 100 000, et le dernier 25 000 seulement, la part contributoire devra être de 100 francs pour le dernier, de 400 pour le second, et de 1 000 francs pour le premier; sauf, toujours, les changements que les circonstances postérieures rendraient nécessaires, soit dans la fixation du prix de la pension, soit dans la proportion des parts à fournir par les enfants.

(1) Les créanciers de celui qui sert une pension alimentaire, ne peuvent demander eux-mêmes la réduction de cette pension que s'il y a eu dol ou fraude. Paris, 27 déc. 1849 (Dev., 50, 2, 171; *J. Pal.*, 50, 2, 176).

Du reste, il faut appliquer ici la règle déjà indiquée sous l'art. 207, que pour imposer la dette à un parent ou un allié plus éloigné, il n'est pas nécessaire que l'allié ou le parent plus proche soit mort ou même dans l'impossibilité d'acquitter aucune partie de cette dette; mais qu'il suffit que les parents ou alliés plus proches ne puissent l'acquitter en entier. Ainsi, quand j'ai besoin d'une pension de 1 000 francs, et que les seules personnes en état de me fournir quelque chose sont mon fils et mon beau-père, si ce fils, qui est débiteur avant mon beau-père, ne peut pas payer plus de 700 francs, c'est le beau-père qui sera tenu de payer les 300 francs restants. Que si, plus tard, mon fils peut payer les 1 000 francs, ou que, mes besoins diminuant, 700 francs me suffisent, mon beau-père aura le droit de demander sa décharge.

210. — Si la personne qui doit fournir les aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments.

211. — Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure, l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire.

I. — 722. Chacun de ces articles prouve deux choses que nous avons supposées dans l'explication des articles précédents; c'est : 1° que sous le nom d'*aliments* la loi comprend aussi bien le vêtement, le logement et tout l'entretien, que la nourriture, et que, dès lors, la dette embrasse tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, tant dans la maladie qu'en état de santé; que c'est au moyen d'une somme d'argent que cette dette doit s'acquitter.

Toutefois, la loi a senti que cette dernière règle devrait quelquefois recevoir une exception, et c'est pour organiser cette exception qu'elle a écrit nos deux articles. Cette exception n'a jamais lieu de plein droit; il faut qu'elle soit prononcée par le tribunal. Le tribunal ne peut même l'admettre, pour d'autres que les père et mère, que quand il y a impossibilité de payer la pension (art. 210); quant aux père et mère, les tribunaux sont libres de leur accorder dispense du payement en argent, dès-là qu'ils n'y verront pas d'inconvénient.

On conçoit facilement la raison de cette différence. A moins de circonstances spéciales qui rendent la vie commune dangereuse, ou au moins trop gênante pour un enfant, celui-ci aurait mauvaise grâce à refuser de recevoir les aliments en nature, des mains de ceux qui l'ont élevé, dans la maison où il est né et qui fut la sienne. Mais il en est autrement de tous autres que les père et mère, même des aïeuls et aïeules; aussi, la loi, hors le cas de l'impossibilité du payement en argent, ne permet de prononcer l'exception qu'au profit des père et mère, et nous ne croyons pas qu'on puisse l'étendre aux autres ascen-

dants. Nous ne le croyons pas, parce que, d'abord, c'est une exception; parce que, de plus, les deux cas, comme nous venons de le dire, ne sont pas entièrement analogues; parce qu'enfin, lorsqu'on adopta au Conseil d'État l'ancien principe, proclamé par notre art. 210, que les aliments étaient dus en argent, à moins d'impossibilité de payer, le père fut le seul au profit duquel on parla de modifier la rigueur de la règle; il ne fut pas question des ascendants plus éloignés (Fenet, p. 71).

Lors donc qu'il s'agira des père et mère, le tribunal ne devra les contraindre à payer une pension qu'autant que la vie commune offrirait des inconvénients sérieux; mais, quand il s'agira de tous autres parents ou d'alliés, la pension en argent sera obligatoire, hormis le seul cas d'impossibilité de la payer (1).

II. — 723. Le droit aux aliments existe toujours, quels que puissent être les torts de celui qui les réclame vis-à-vis de celui qui les doit. Il n'y aurait exception que dans deux cas : 1° si celui qui réclame avait été condamné comme ayant tenté de donner la mort à l'autre; 2° s'il avait porté contre lui une accusation capitale jugée calomnieuse. Dans ces deux cas, en effet, la loi brise les droits attachés à la parenté, comme on le voit par l'art. 727.

CHAPITRE VI

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

212. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

724. Ce sont là trois devoirs distincts; car l'assistance n'a rien de commun avec le secours. Le secours consiste dans la prestation, faite en nature ou en argent, des choses nécessaires à la vie; l'assistance (de *sistere ad*) consiste à rendre personnellement les bons soins qu'on est en état de donner. Le secours sort de la bourse, *ex arcâ;* l'assistance vient du cœur, *ex virtute*.

Quant à la fidélité conjugale, quoique chacun des époux la doive au même titre et d'une manière aussi étroite, la loi, cependant, ne sanctionne pas et ne devait pas sanctionner le devoir du mari aussi sévèrement que celui de la femme. L'infidélité de la femme est beaucoup plus grave, d'abord en elle-même, parce que la nature de la femme demande plus de retenue, de modestie et de réserve; puis et surtout, par ses conséquences, puisque cette infidélité peut toujours mettre à la charge et dans la famille du mari des bâtards qui viendront voler sa succession. En conséquence, la loi permet la séparation de corps et prononce une peine correctionnelle pour tout adultère de la femme; tandis qu'elle n'attache ces effets, pour le mari, qu'à la circonstance d'avoir entretenu sa concubine dans la maison commune. Encore la

(1) Grenoble, 8 avril 1870 (Dev., 71, 2, 36).

peine correctionnelle est-elle plus légère. (Voy. art. 229, 230, 306, C. civ.; art. 337, 339, C. pén.).

213. — Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

214. — La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

SOMMAIRE.

I. Devoirs de soumission pour la femme. Double conséquence qui en résulte.
II. La femme peut être contrainte à l'exécution par la saisie de ses revenus et même *manu militari.*
III. L'obligation souffre exception dans trois cas.

I. — 725. Le mari est établi, par la nature même, le protecteur et le surveillant de l'épouse, le chef de la société intime et sacrée qui se forme entre eux. L'épouse doit donc soumission au mari, selon ce précepte de saint Paul : *Mulieres viris suis subditæ sint.*

De ce devoir de soumission naît, pour la femme, l'obligation, proclamée par l'art. 214, de suivre partout son époux; puis celle, consacrée et développée par les articles suivants, de ne procéder, en général, aux actes de la vie civile que sous la surveillance et avec l'autorisation de cet époux.

II. — 726. La femme est, en principe, tenue de suivre partout son mari, dont le domicile est le sien (art. 108), et ce, alors même qu'il s'agirait d'aller demeurer en pays étranger; car la loi ne distingue pas, et le mari peut avoir, pour prendre ce parti, des raisons d'avenir pour lui, sa femme et ses enfants, ou d'autres motifs graves dont sa qualité de chef de la société conjugale le rend juge. Ce point, d'ailleurs, a été proclamé au Conseil d'État, et c'est pour cela qu'on a retranché un alinéa de l'art. 214, qui restreignait l'obligation au sol français (Fenet, p. 75).

Et pour forcer l'épouse récalcitrante à remplir ce devoir d'habitation, pour la contraindre à rentrer au domicile conjugal, l'époux peut se faire autoriser à user des moyens coercitifs que notre législation rend possibles, c'est-à-dire la saisie de ses revenus (1) et même l'emploi de la force publique.

En ce qui touche ce second moyen, notre doctrine, généralement admise (2), est contredite par Delvincourt et M. Duranton (II, 440).

---

(1) *Sic :* Nîmes, 10 juin 1862 (Dev., 63, 2, 161; *J. Pal.*, 63, 987).
Le mari peut contraindre sa femme par la saisie de ses vêtements. *Sic :* Dutruc (*Sépar. de biens*, n° 317). *Contrà :* Demolombe (t. IV, n° 104).

(2) Toullier (XIII, 109); Favard (v° *Femme*, n° 4); Vazeille (II, 293); Coin-Delisle (art. 2063, n° 4); Zachariæ (III, p. 321); Odilon-Barrot (*Encycl.*, v° Aband. d'époux); Valette sur Proudhon (I, p. 453); Demolombe (IV, 107); Colmar, 4 janvier

On objecte que c'est là un moyen aussi scandaleux qu'il est inutile, puisqu'on ne pourra pas tenir la femme en chartre privée, et que, ramenée par force aujourd'hui, elle pourra se remettre en fuite demain; qu'il s'agit là d'une obligation de faire, et que, dans toutes les obligations qui ont pour objet un fait, on ne peut pas condamner à l'exécution directe, mais seulement à des dommages-intérêts : *nemo potest præcisè cogi ad factum;* enfin, on argumente de l'art. 2063, qui défend énergiquement au juge de prononcer la contrainte par corps hors les cas positivement prévus par la loi.

Mais, d'abord, ce n'est pas là un cas de contrainte par corps; il ne s'agit pas d'emprisonner la femme, mais seulement de la faire conduire au domicile conjugal. Le moyen, ensuite, n'est pas aussi scandaleux qu'on le dit : un mari peut, sans grand éclat, se présenter avec deux huissiers, même avec deux gendarmes, sans uniforme, au domicile d'une belle-mère ou de toute autre personne, et faire monter sa femme dans une voiture qui l'emmènera à son domicile. Ce moyen ne sera pas toujours inutile non plus : car il est possible qu'une femme ne résiste à son mari que parce qu'elle a la tête montée par les conseils d'une personne à l'influence de laquelle elle-même, peut-être, regrette de ne pouvoir s'arracher. Enfin, il est faux qu'il s'agisse ici d'une de ces obligations ordinaires *de faire,* dans lesquelles on ne peut contraindre à l'exécution directe et qui se résolvent en dommages-intérêts. La règle *Nemo potest* etc., est faite pour les obligations relatives à des intérêts pécuniaires, matériels et appréciables en argent. Ainsi, le peintre et l'entrepreneur qui ne veulent pas exécuter leur obligation de me faire un tableau ou de me bâtir une maison, seront condamnés à me payer une somme avec laquelle je ferai faire la maison ou le tableau par un autre. Et quand même le fait ne serait pas de nature à être accompli par un autre, dès-là qu'il s'agit, en définitive, d'intérêts pécuniaires, il est tout simple que je me contente de dommages-intérêts, c'est-à-dire d'une somme qui représente pour moi la perte que l'inexécution me fait faire, ou le gain qu'elle m'empêche de réaliser. Alors donc, on conçoit qu'on respecte la liberté de l'individu et qu'on ne mette pas la main sur sa personne. Mais, dans le mariage, il n'est plus question d'argent, il n'est plus question de gain ni de pertes; que vient-on donc parler de dommages-intérêts, de réparations en écus? Dans le mariage, ce n'est plus seulement un fait personnel, c'est sa personne même que la femme m'a promise : pourquoi donc ne pourrais-je pas poursuivre par les voies légales la possession de cette personne, objet direct du contrat? Pourquoi, pour y arriver, ne pourrais-je pas user même de la force publique, quand je n'ai plus que cette

---

1817; Nancy, 11 avril 1826; Rej., 9 août 1826; Aix, 29 mars 1831; Colmar, 10 juillet 1833; Aix, 23 mars 1840; Dijon, 25 juillet 1840; Paris, 31 mars 1855; Nîmes, 20 février et 10 juin 1862; Pau, 11 mars 1863 (Dev., 34, 2, 92; 34, 2, 127; 40, 2, 291, 474; 55, 2, 497; 63, 2, 161 et 2, 97; *J. Pal.*, 55, 1, 504; 63, 587). *Contrà :* Duvergier (sur Toullier, I, nº 616, note 1); Roll. de Villargues (*Rép.*, vº Abandon d'époux); Paul Pont (*Rev. crit.*, 1851, p. 594, et 1852, p. 530).

ressource et qu'il y a lieu d'en espérer un bon résultat?... Il ne faut donc pas s'étonner, comme M. Duranton, que cette doctrine se soit *accréditée* et qu'il y ait, à peu près, sur ce point, *uniformité de jurisprudence.*

Il est évident, du reste, que les tribunaux ne devront autoriser de semblables mesures qu'avec une extrême prudence et quand les circonstances en rendront le succès probable.

III. — 727. La règle d'après laquelle la femme est tenue d'habiter avec le mari souffrirait exception dans trois cas.

C'est, 1° si le mari n'offrait pas à la femme une résidence convenable; car, ainsi qu'on le voit par le texte même de notre article, le devoir d'habitation imposé à la femme est corrélatif à l'obligation où est le mari de la *recevoir* et de l'entretenir selon ses facultés et son état (1); 2° si le mari, sans y être contraint par une triste nécessité, voulait traîner sa femme de pays en pays, sans jamais s'arrêter nulle part; car l'obligation imposée à la femme est celle de suivre le mari là où il juge à propos de *résider,* et non celle de mener avec lui une vie errante et vagabonde; — 3° enfin, si c'était malgré la prescription contraire d'une loi spéciale que le mari voulût sortir de France; car l'obéissance de la femme ne peut plus être un devoir, alors qu'elle devient un délit.

Nous ne parlerons pas ici du cas de séparation de corps : ce n'est plus là une exception à la règle, mais la disparition même de cette règle; puisque la femme, alors, a son domicile séparé, dans lequel le mari n'a pas le droit de venir, comme la femme n'a pas le droit d'entrer chez son mari.

215. — La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens.

216. — L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.

SOMMAIRE.

I. Autorisation maritale. — Son double objet. — Elle est nécessaire à la femme pour procéder en justice, hormis le cas de poursuites criminelles.

II. Elle n'est pas nécessaire pour les significations extrajudiciaires. — Observation sur les mots *non commune.*

III. Renvoi au Code de procédure pour plusieurs questions.

I. — 728. Nous avons déjà vu qu'une conséquence de la soumission que la femme doit à son époux, c'est *l'incapacité* pour celle-ci de procéder, en général, à aucun acte civil sans l'assentiment de cet époux. Cette incapacité est appliquée par la loi, d'abord, dans nos deux articles, au cas de procès à soutenir; puis, dans les articles suivants, aux contrats que la femme peut avoir à passer. Ainsi, d'abord, la femme ne

(1) Cass., 29 nov. 1860 (Dev., 61, 1, 965; J. *Pal.*, 62, 589).

peut, sans l'autorisation maritale, *ester* en jugement, *stare in judicio*, c'est-à-dire se présenter devant un tribunal pour plaider soit comme demanderesse, soit comme défenderesse.

Nous disons pour plaider, car s'il s'agissait de comparaître comme témoin, le consentement du mari ne serait pas nécessaire; mais, dès que la femme est en cause comme partie au procès, comme intéressée au jugement à intervenir, l'autorisation maritale est indispensable, sauf la seule exception indiquée par le second de nos articles.

Lorsqu'il s'agit d'une action criminelle (soit *criminelle* proprement dite, soit *de police* correctionnelle, soit *de police* municipale), la femme contre laquelle l'action est dirigée peut se défendre sans attendre aucune autorisation; le droit de défense, en pareille matière, est trop sacré pour être subordonné à aucune espèce de formalité. Mais il faut qu'il s'agisse bien d'une action criminelle, d'une action dirigée contre la femme par le ministère public; il n'en serait plus de même de l'action civile en réparation du dommage causé par un délit, alors même que la partie lésée intenterait cette action devant le tribunal correctionnel, comme le permet l'art. 182 du Code d'instruction criminelle (voy. art. 199, II). Toutefois, la dispense d'autorisation existerait également si l'action civile n'était intentée que conjointement et accessoirement à la poursuite du ministère public; parce que *accessorium sequitur principale*, et que le juge qui se trouve suffisamment et régulièrement saisi de la demande principale, l'est par là même de la demande accessoire. Ce qui le prouve, c'est l'art. 359 du Code d'instruction criminelle, qui permet à la partie lésée de former sa demande, même dans le cours du débat, tant que le jugement n'est pas prononcé; puis les termes mêmes de notre art. 216, qui admet l'exception par cela seul que la femme est poursuivie criminellement (1).

Mais, sauf cette exception, la femme défenderesse et, sans exception aucune, la femme demanderesse doivent, pour la validité de la procédure, être pourvues de l'autorisation maritale (2). Il suit de là que, quand la femme intente une action, son exploit introductif d'instance doit mentionner qu'elle agit sous l'assistance de son mari et que, lorsqu'elle est attaquée, il faut assigner le mari avec elle. (Arrêts conf. de la Cour suprême, des 7 oct. 1811 et 25 mars 1812.) Du reste, il n'est jamais besoin d'une autorisation par écrit; il suffit, ainsi que nous l'établirons sous l'article suivant, qu'il soit constaté que le mari consent. Ainsi, la circonstance que le mari est lui-même en cause donne une suffisante autorisation.

II. — 729. Nos deux articles, on le voit, se réfèrent uniquement au cas où il est question d'ester en jugement. Si donc il s'agissait d'exploits

(1) L'autorisation du mari est indispensable à la femme pour déterminer conventionnellement la mesure du préjudice à réparer et l'étendue de son engagement; la transaction intervenue entre la femme et le tiers lésé pour la fixation du chiffre des dommages-intérêts est donc nulle, faute du concours ou du consentement par écrit du mari. Cass., 15 février 1870 (Dev., 71, 1, 212).

(2) Ainsi, la femme ne peut, sans autorisation de son mari ou de justice, former une demande en nullité de son mariage. Lyon, 4 avril 1867 (Dev., 67, 2, 290).

non relatifs à une instance, de significations, protêts, sommations et autres actes du ministère de l'huissier, mais extrajudiciaires, c'est-à-dire s'accomplissant en dehors d'un procès, l'autorisation ne serait plus nécessaire; pourvu, bien entendu, que la femme eût le droit d'administration quant aux choses qui feraient l'objet de ces actes.

Ce droit d'administration est plus ou moins large pour la femme mariée, selon le régime auquel elle est soumise, ainsi qu'on l'a vu déjà sous l'art. 124, n° I. Il peut aussi s'étendre à la femme autorisée à faire le commerce. Mais quelle que soit sa qualité et quelque régime qu'elle ait adopté, la femme mariée ne peut jamais, sauf l'exception ci-dessus, ester en jugement (1). Elle ne le peut pas, nous dit l'art. 215, *même* quand elle est *non commune* ou séparée de biens.

730. Remarquons que le mot *même* est un contre-sens en tant qu'il s'applique à la femme non commune; puisque le régime exclusif de communauté est précisément celui où la femme a le moins de droits. Alors, en effet, le mari a, comme sous la communauté légale, la pleine administration des biens de la femme; mais, de plus, au lieu de mettre alors les revenus de ces biens dans une masse commune que la femme partagera plus tard, il les garde pour lui-même, après avoir prélevé ce qui est nécessaire pour les besoins du ménage (art. 1530 et 1531). Les mots *non commune* doivent donc être effacés de l'article.

III. — 731. Quant aux questions de savoir par quelle voie il faut attaquer, selon les cas, le jugement en dernier ressort rendu contre une femme non autorisée; à partir de quel acte l'instance poursuivie par ou contre une femme non mariée peut, malgré le mariage de celle-ci pendant le procès, se continuer sans l'autorisation du mari, elles appartiennent, ainsi que plusieurs autres, au Code de procédure. Ce serait donc se jeter dans un hors-d'œuvre que de s'en occuper ici.

217. — La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

SOMMAIRE.

I. Incapacité pour la femme d'aliéner et d'acquérir. — Cette incapacité entraîne celle de s'obliger.
II. Comment s'entend cette incapacité pour ce triple objet.
III. L'incapacité est plus ou moins étendue selon les cas.
IV. Double dérogation apportée aux anciens principes par notre Code.

I. — 732. Nous n'avons pas besoin de répéter pour les mots *non commune* l'observation que nous venons de leur appliquer dans l'article 215; il est clair qu'ici encore ces mots doivent être retranchés,

(1) Ainsi elle ne peut, sans autorisation, procéder devant le jury d'expropriation, alors même qu'elle serait marchande publique et qu'il s'agirait de l'indemnité qui lui serait due comme locataire des lieux dans lesquels elle exerce son commerce. Cass., 25 mai 1868 (Dev., 68, 1, 308). — Voy. Paris, 10 mars 1868 (Dev., 68, 2, 114).

et que la conjonction *même* n'a de sens que quant à la séparation de biens.

Toute femme mariée, même celle qui est séparée de biens, est donc déclarée par notre article incapable, en principe, d'aliéner ou d'acquérir, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, sans l'autorisation de son mari.

Incapacité d'aliéner, incapacité d'acquérir; tout l'article rentre dans ces deux idées, dont la première est exprimée par des termes redondants et inutiles. En effet, *donner,* c'est aliéner gratuitement, et *hypothéquer,* c'est encore aliéner, puisque l'hypothèque est un droit réel, un démembrement du droit de propriété, que le concédant fait sortir de son patrimoine pour le faire passer dans le patrimoine du concessionnaire. Il eût donc été plus logique et plus simple de dire que la femme, sans l'autorisation du mari, ne peut ni aliéner, ni acquérir.

Et d'abord la femme ne peut aliéner; donc elle ne peut faire ni donation, ni vente, ni échange, ni renonciation, ni payement, ni concession de servitudes, soit réelles, telles que droit de passage, de vue, etc.; soit personnelles, telles que l'usufruit ou l'usage. Elle ne peut non plus acquérir; donc, elle ne peut ni recevoir une somme, ni acheter, ni accepter une donation, ni recueillir une succession ou un legs, ni se faire consentir un droit d'usufruit ou autre servitude. On ne peut pas s'étonner de voir prohibée l'acquisition à titre onéreux, puisqu'elle ne serait possible qu'au moyen d'une aliénation réciproque; l'incapacité de s'obliger emporte celle d'acquérir à titre onéreux. La prohibition de l'acquisition gratuite, qui est fondée sur une autre cause, se comprend tout aussi facilement; car il n'est jamais convenant qu'une femme reçoive rien à l'insu de son mari, *ne turpem quæstum faciat.*

De l'incapacité d'aliéner découle, pour la femme, l'incapacité de s'obliger par aucun contrat. En effet, la raison proclame que celui qui s'oblige, engage, par là même, tous les biens qu'il a ou qu'il pourra avoir, à l'acquittement de son obligation, et le Code consacre ce principe dans les art. 2092 et 2093 : « Quiconque s'est obligé, dit la loi, est tenu sur tous ses biens présents et à venir. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. » Or, la raison dit également, et la loi proclame aussi dans l'art. 2124, que, pour engager des biens, il faut avoir le droit de les aliéner. Que signifierait, en effet, l'obligation prise par une personne qui ne peut rien laisser sortir de son patrimoine? Si c'est une obligation de me donner une somme, de me livrer une des choses qui lui appartiennent, il lui est défendu de l'exécuter; si c'est l'obligation de faire pour moi quelque chose, je ne pourrais l'y contraindre que par une condamnation à des dommages-intérêts, mais il lui est défendu de se dépouiller de son argent, d'aucune partie de sa fortune. La personne contracterait donc là une obligation qu'on ne pourrait pas la forcer de remplir, c'est-à-dire une obligation sans lien, une obligation qui ne serait plus une obligation.

Donc, parce qu'elle est incapable d'aliéner, la femme se trouve incapable de contracter, de s'obliger. C'est, en effet, ce qui résulte des art. 219, 220, 221, 222, 224, dans lesquels la loi parle toujours de *contracter,* de *s'obliger,* de *passer un acte;* et c'est ce que proclame très-catégoriquement l'art. 1124, qui dit que « les incapables de contracter sont les mineurs, les interdits, les femmes mariées. »

II. — 733. Ainsi, la femme mariée ne peut, ni aliéner, ni acquérir, ni s'obliger; mais il faut bien saisir le sens de cette règle. C'est uniquement des actes tendant *intentionnellement* de la part de la femme à la diminution de sa fortune, ou à l'augmentation de cette fortune, ou à la création d'une obligation, que la règle s'entend :

1° La femme ne peut aliéner, *rem suam alienam facere,* c'est-à-dire se dépouiller elle-même de sa chose et la faire devenir, par sa volonté, la chose d'une autre personne. Mais son bien n'est pas pour cela inaliénable; sa chose peut devenir la chose d'un autre, *aliena;* la femme peut être dépouillée, se voir expropriée, par suite d'engagements nés sans la volonté de s'obliger, ainsi que nous allons le voir au 3°. Elle peut de plus aliéner elle-même directement, quand il s'agit de la disposition de dernière volonté qui n'est, pendant la vie, qu'un projet révocable à volonté, c'est-à-dire d'un testament (art. 226).

2° De même, la femme ne peut recevoir par sa seule volonté le bénéfice de l'aliénation volontaire d'un tiers; mais toute espèce de biens peut lui être acquise, quand l'acquisition résulte de la nature même des choses, des seules règles de la loi. Ainsi, elle acquerra très-bien par accession (art. 546 à 577), par occupation (art. 715, 716, 717) et par prescription (art. 2219). Elle peut aussi, bien entendu, prendre les mesures qui ont pour objet la simple conservation de droits déjà acquis; par exemple, requérir la transcription nécessaire d'actes la concernant, ou l'inscription d'une hypothèque à elle concédée (articles 940, 2139).

3° La femme ne peut pas s'imposer à dessein une obligation, mais elle peut se trouver dans les liens d'une obligation très-valable, lorsque ce lien naît d'une autre cause que son intention de s'obliger.

Les obligations dans notre droit français naissent de cinq sources : les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, puis la loi (art. 1370). Or, si la femme n'est jamais obligée par la première source, le contrat, elle l'est quelquefois par la seconde, et toujours par les trois autres. Ainsi, dans le cas de tutelle de ses enfants d'un premier lit; ainsi encore, quand une valeur qui se trouve perdue pour un autre vient augmenter son avoir et tourner à son profit, *quandò aliquid in rem ejus versum erit,* la femme sera obligée; car l'obligation ne naît pas alors de sa volonté, mais de la disposition de la loi, qui impose à la mère la tutelle de ses enfants (art. 390) et qui ne veut pas qu'une personne, même incapable de s'obliger, s'enrichisse jamais aux dépens d'autrui (art. 1221). Elle l'est par ses délits et quasi-délits, comme le serait alors un mineur lui-même, parce que le fait qui les constitue, bien qu'étant volontaire, ne s'accomplit pourtant pas dans le dessein

de s'obliger (art. 1310). Elle l'est, enfin, dans le quasi-contrat, lorsque le fait volontaire qui le constitue n'émane pas d'elle. Ainsi, quand c'est elle qui s'est occupée des affaires d'un tiers, sans que celui-ci l'en ait chargée (ce qui fait qu'il n'y a pas contrat de mandat), l'absence de l'autorisation maritale l'empêche d'être tenue des obligations du gérant d'affaires (argum. de l'art. 1990), et le tiers n'aurait action contre elle qu'en cas de faute qui constituerait un quasi-délit; mais si c'est ce tiers qui a géré ses affaires, elle est tenue de toutes les obligations réciproques, conformément à l'art. 1375 (Pothier, *Puissance du mari*, n° 50), et non pas, comme l'enseigne M. Duranton (n° 497), *jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité;* car le tiers ayant alors l'action du quasi-contrat de gestion n'est pas réduit à celle *de in rem verso*.

III. — 734. Cette incapacité des femmes mariées pour aliéner, acquérir et s'obliger, n'existe pas d'une manière absolue et identique pour toutes; elle est plus ou moins grande, selon la profession de la femme et le régime sous lequel elle est mariée. Ainsi, quand la femme est marchande, elle peut aliéner, acquérir et s'obliger pour ce qui concerne son commerce (art. 220). Ainsi encore, quand la femme a le droit d'administrer elle-même tout ou partie de sa fortune, ce droit emporte pour elle celui de passer tous les actes nécessaires à cette administration et d'aliéner les biens meubles qui lui appartiennent. Or, ce droit d'administration appartient, pour toute sa fortune, à la femme séparée de biens par son contrat ou par jugement (art. 1449, 1536); à la femme dotale, pour ses biens paraphernaux (art. 1576); enfin, à la femme commune ou non commune, pour les biens dont elle se serait réservé la jouissance (art. 1534, 1387).

C'est parce que la femme mariée a très-souvent, d'après ces règles, le droit de contracter, dans des limites plus ou moins larges, que l'art. 1124, après avoir dit que les incapables de contracter sont les mineurs et les interdits, ajoute avec restriction : les femmes mariées, *dans les cas exprimés par la loi.*

Du reste, la femme non marchande n'ayant ce droit d'aliéner ses biens meubles et de s'obliger, que comme conséquence du droit d'administration, elle ne peut donc passer sans autorisation que les actes que cette administration rend nécessaires. Ainsi, la femme séparée de biens, à laquelle l'art. 1449 accorde positivement, comme cela devait être, le droit d'aliéner tout son mobilier, ne peut cependant s'obliger jusqu'à concurrence de ce mobilier, que pour ce qui concerne l'administration de ses biens.

IV. — 735. Notre Code apporte aux anciens principes deux dérogations. L'une sera indiquée sous l'art. 225. Voici en quoi l'autre consiste :

Il fallait autrefois que l'autorisation donnée par le mari à sa femme, pour passer un acte, fût expresse et formelle. Il n'aurait pas suffi de l'autorisation tacite résultant de ce que le mari était lui-même partie dans cet acte; c'était seulement pour ester en jugement que l'autorisation tacite résultant du concours du mari suffisait (Pothier, *Obligat.*,

part. 4, chap. 3, sect. 3, n° 30). Le Code a rejeté cette subtilité, et l'autorisation tacite suffit aujourd'hui pour les actes extrajudiciaires comme pour les procès.

Nous disons comme pour les procès; il est évident, en effet, que le Code, qui rejette formellement la règle d'une autorisation expresse dans le cas où l'ancien droit l'exigeait impérieusement, ne peut pas l'exiger dans le cas où l'ancien droit lui-même ne la demandait pas. Que si notre article s'exprime positivement sur le concours du mari, tandis que l'art. 215 ne s'en explique pas, cela tient à ce qu'il fallait ici, pour changer l'ancienne jurisprudence, une disposition explicite, inutile dans l'art. 215. La preuve que le concours, l'assistance de fait suffit aussi pour un procès, c'est que le mot *assistance* était d'abord celui de l'art. 215; et que s'il a été remplacé par *autorisation*, c'est uniquement parce qu'il venait d'être employé avec un autre sens dans l'art. 212. (Voy. Fenet, p. 74.)

Mais l'autorisation tacite ne peut résulter, on le voit, que du concours du mari. Toute autre circonstance de laquelle on prétendrait inférer le consentement du mari serait insignifiante et laisserait subsister la nécessité d'un consentement écrit (1). Du reste, un écrit quelconque, une lettre missive, par exemple, serait suffisant.

Il est inutile d'ajouter qu'il faut un concours prouvant le consentement du mari. Ainsi, qu'un mari signe un billet et que la femme écrive au-dessous qu'elle s'oblige au payement conjointement avec lui, il est clair que rien ne prouve l'autorisation. Il n'y a même pas concours des époux dans un seul acte; il y a deux actes, deux obligations, dont la seconde, celle de la femme, a pu se former arrière du mari. Il en serait autrement dans le cas inverse (2).

218. — Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.

219. — Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou du moins appelé en la chambre du conseil.

I. — 736. Il ne faudrait pas prendre à la lettre la différence de rédaction de ces deux articles, dont l'un parle d'une autorisation donnée par *le juge*, tandis que l'autorisation émane du *tribunal*. Dans ces deux

---

(1) *Conf.* Cass., 26 juillet 1871 (Dev., 71, 1, 65).

(2) L'autorisation du mari doit accompagner ou précéder l'acte; une autorisation ultérieure ou ratification sans le concours de la femme ne couvre pas, à l'égard de celle-ci, la nullité de l'acte. Paris, 23 février 1849 et 12 mai 1859 (Dev., 49, 2, 145; 59, 2, 561; *J. Pal.*, 49, 1, 154; 60, 634); Cass., 17 janvier 1870 (Dev., 71, 1, 217). *Sic* : Valette sur Proudhon (I, 467); Allemand (II, n° 987); Demolombe (IV, n° 211). *Contrà* : Proudhon (I, p. 466); Aubry et Rau (IV, p. 145); Massé et Vergé (I, p. 239). — Voy. ci-après la note sous l'art. 225.

cas, c'est le tribunal entier qui autorise. *Le juge* est mis dans l'art. 218 pour signifier l'autorité judiciaire. Mais quel tribunal autorisera dans le cas de cet art. 218? La loi, qui prend soin de désigner dans l'article suivant le tribunal du domicile des époux quand il s'agit de passer un acte, ne nous dit pas quel tribunal sera compétent quand il s'agit d'ester en jugement.

Il y a une distinction toute naturelle à faire, et c'est à cause de cette distinction que l'article a bien fait de ne pas préciser. Quand la femme sera demanderesse, il lui faudra être autorisée avant d'attaquer son adversaire, et, au refus du mari, c'est au tribunal du domicile commun qu'elle ira demander l'autorisation. Que si elle est défenderesse, comme alors le demandeur devra, pour la validité de la procédure, assigner son mari en même temps qu'elle, elle se présentera directement devant le tribunal où elle est appelée; et si son mari ne s'y présente pas avec elle pour l'assister, ou ne la pourvoit pas d'une autorisation écrite, c'est le tribunal saisi de l'affaire qui autorisera en statuant sur la demande (1).

II. — 737. — Postérieurement à la publication du Code civil, l'article 219 a été modifié par l'art. 861 du Code de procédure, qui ne permet plus à la femme de citer *directement* son mari. D'après cet article 861, la femme, après avoir fait constater le refus du mari au moyen d'une sommation, doit présenter requête au président du tribunal pour obtenir permission de citer son mari à la Chambre du conseil.

C'est dans cette Chambre du conseil, c'est-à-dire dans une salle distincte de l'auditoire, et dans laquelle le public n'est pas admis, que le tribunal entend les explications du mari; mais, d'après l'art. 862, c'est à l'audience publique que le tribunal, après les plaidoiries des avocats, s'il y a lieu, et toujours sur les conclusions du ministère public, rend un jugement statuant sur la demande de la femme. Si l'on s'en tenait à la lettre des deux art. 861 du Code de procédure et 119 du Code civil, on pourrait croire qu'ils doivent s'appliquer séparément, le premier, au cas de procès; le second, au cas d'actes extrajudiciaires. En effet, l'article 861 du Code de procédure ne parle que de la femme qui veut se faire autoriser *à la poursuite de ses droits,* et semble, dès lors, n'avoir pour but que de combler la lacune de notre art. 218, sans se référer au cas de l'art. 219. Cependant, comme l'art. 861 du Code de procédure est postérieur à nos deux articles; qu'on ne voit pas de raison pour que le législateur n'ait point voulu appliquer à l'autorisation à l'effet de contracter le système qu'il adoptait pour l'autorisation à l'effet de plaider;

---

(1) L'autorisation accordée par justice pour former une demande, n'emporte pas autorisation d'interjeter appel au cas où la femme succombe; une nouvelle autorisation est nécessaire. Cass., 4 mars 1845, 15 déc. 1847; Aix, 13 mars 1862 (Dev., 62, 2, 154; *J. Pal.*, 62, 640).

Cette seconde autorisation ne peut être donnée par la Cour où l'appel doit être porté. Lyon, 7 janvier 1848; Bordeaux, 3 mars 1851, 24 mai 1851; Aix, 13 mars 1862.

Contrà : Cass., 2 août 1853 (Dev., 55, 1, 209; *J. Pal.*, 54, 1, 353); Demolombe (IV, n° 262); Bertin (*Chambre du conseil,* II, n° 42).

que, dans les deux cas, le respect dû par la femme au mari doit produire les mêmes résultats; qu'en effet, cet art. 861 est expliqué comme s'appliquant aux deux cas, par M. Pigeau, qui fut l'un des rédacteurs du Code de procédure, nous croyons qu'on doit regarder cet art. 861 comme dérogeant à notre art. 219, d'autant mieux qu'il ne peut y avoir en cela aucune espèce d'inconvénient. Telle est, du reste, la jurisprudence admise par les tribunaux.

III. — 738. Il est deux cas dans lesquels le mari, quoique présent, majeur et non interdit, est cependant déclaré incapable d'autoriser sa femme à plaider : c'est quand il sagit de la séparation de corps (art. 878 C. proc.), ou seulement de la séparation de biens (art. 865, *ibid.*). C'est alors, non pas le tribunal, mais le président du tribunal, qui donne l'autorisation.

Ce n'est pas, comme on pourrait le croire, parce que le mari ne pourrait autoriser sa femme à plaider contre lui que la loi ne se contente pas ici de son autorisation. Au contraire, le seul fait, par un mari, d'assigner sa femme, emporte ordinairement autorisation suffisante, ainsi qu'on l'a dit au Conseil d'État et au Corps législatif et que l'ont décidé plusieurs arrêts. Mais c'est qu'il s'agit ici de matières toutes spéciales, de procès que la loi veut éviter autant que possible, et pour lesquels le président doit avant tout user de toute son influence pour empêcher l'action. (Voy. les art. 865, 875 et 878, C. proc.; puis 237, 239, 282 et 286, C. civ.)

220. — La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé.

SOMMAIRE.

I. Sous quelles conditions la femme peut être commerçante. Elle a alors capacité même pour hypothéquer et aliéner ses immeubles.

II. Le mari commun lui-même est tenu des obligations commerciales de sa femme, mais sans contrainte par corps.

III. *Quid* de l'engagement formé sans énonciation de cause? Distinction. — La validité de l'emprunt ou de l'aliénation n'est pas subordonnée à l'emploi commercial de la somme.

IV. Du cas où la femme n'est que mandataire du mari.

I. — 739. Pour être *marchande publique,* la femme n'a pas besoin de tenir une boutique, un magasin ouverts; elle est marchande publique, commerçante (C. com., art. 1er), par cela seul qu'elle exerce des actes de commerce et qu'elle en fait sa profession habituelle.

La femme commerçante ne peut pas plus qu'une autre plaider sans l'autorisation de son mari ou de la justice, même pour ce qui concerne son commerce (art. 215); mais elle peut, en ce qui touche ce com-

merce, s'obliger, contracter, consentir tous actes quelconques, et même, d'après l'art. 7 du Code de commerce, engager, aliéner et hypothéquer ses immeubles, excepté, bien entendu, ceux qui sont inaliénables comme frappés de dotalité (art. 1554).

Mais il faut bien remarquer que la femme ne peut avoir cette qualité de commerçante que d'après le consentement au moins tacite de son mari. Le consentement tacite suffit, car l'art. 4 du Code de commerce ne demande point un consentement écrit ou formellement exprimé, mais seulement le consentement; or, quand une femme se livre publiquement à des opérations commerciales au su et au vu de son mari qui ne s'y oppose pas, il serait ridicule à celui-ci de venir dire qu'il n'a point consenti (1).

Mais les tribunaux pourraient-ils, au refus du mari, ou quand il est absent ou incapable, autoriser la femme à faire le commerce? Quand le mari présent et capable refuse, non : pour accorder à la femme, contre la volonté formelle du mari, un droit qui ne doit résulter pour elle que du consentement de celui-ci, il est clair qu'il faudrait un texte spécial qui le permît, et ce texte n'existe pas. Mais quand le mari est incapable ou absent, nous pensons que les tribunaux pourraient autoriser, selon les circonstances. Si, par exemple, le commerce de la femme est le seul moyen de la faire vivre, elle et ses enfants, et avec eux, peut-être, le mari lui-même; si l'on voit que le mari, s'il était présent et capable, n'aurait pas de raison pour refuser son consentement, les tribunaux pourront donner une autorisation qui ne sera plus alors la contradiction, mais, au contraire, une substitution à la volonté, présumée conforme du mari.

II. — 740. La femme marchande, dit notre article, oblige aussi son mari, quand il y a communauté entre eux. En effet, quand la femme commerçante est commune en biens, tous les bénéfices qu'elle peut réaliser appartiennent à la communauté, c'est pour la communauté qu'elle travaille; donc, et réciproquement, cette communauté est tenue de ses engagements (art. 1409, 2°); et comme le mari, chef suprême de cette communauté, et par le consentement duquel la femme faisait commerce, est tenu personnellement et sur ses propres biens des dettes de la communauté, il s'ensuit que toutes les obligations que la femme contracte dans ces circonstances réfléchissent sur ce mari. Dans ce cas, donc, les créanciers de la femme peuvent agir et contre les biens propres de la femme, et contre les biens communs, et contre les biens propres du mari. Et il n'est pas nécessaire pour cela que les époux soient mariés sous la communauté légale; une simple communauté réduite aux acquêts suffit pour amener ce résultat, puisque tous les bénéfices que peut produire l'industrie de la femme, tombent dans cette société d'acquêts (art. 1498).

Le mari serait-il également tenu des dettes de la femme, lorsqu'il y a entre eux exclusion de communauté ou régime dotal sans biens

(1) Paris, 23 août 1851 (Dev., 51, 2, 517; *J. Pal.*, 51, 2, 200).

paraphernaux? Delvincourt et M. Duranton (II, 480) répondent affirmativement, en se fondant sur ce que, dans les deux cas, le mari est l'usufruitier de tous les biens de la femme (art. 1530, 1533, 1549), et que, dès lors, c'est lui qui recueillera les gains que cette femme fera dans son commerce. Nous pensons que c'est là une erreur; car les gains que la femme réalise par son industrie, ne sont pas des fruits de ses biens, et n'appartiennent pas, dès lors, à l'usufruitier de ces mêmes biens. Il faut s'en tenir au texte de la loi, qui déclare, dans notre article et dans l'art. 5 du Code de commerce, que la femme marchande n'oblige son mari que quand il y a communauté. Encore ceci n'est-il vrai que quand c'est par le consentement du mari lui-même que la femme fait le commerce, comme notre article le suppose. Si c'était seulement en vertu de l'autorisation de justice, vu l'absence ou l'incapacité du mari, elle seule serait obligée, quand même il y aurait communauté; les créanciers ne pourraient agir alors, ni sur les biens du mari, ni sur les biens de la communauté, puisque celui-ci n'a pas donné son assentiment.

Du reste, quand le mari est ainsi obligé par suite des engagements de sa femme, il n'est pas pour cela soumis à la contrainte par corps (1), puisque lui n'est pas commerçant et que son obligation n'a rien de commercial. Au Conseil d'État, la question fut posée, et M. Tronchet dit avec raison « que l'acte emportant contrainte par corps n'y soumet que la personne qui le signe. » (Fenet, t. IX, p. 77.)

III. — 741. C'est un point controversé parmi les auteurs que celui de savoir si l'engagement contracté par la femme marchande, sans que la cause ait été énoncée dans l'acte, doit être réputé avoir eu lieu pour fait de commerce. On conçoit l'importance de la question. Si l'on présume la commercialité de l'acte, ce sera à la femme qui en demande l'annulation, de prouver qu'il n'a pas eu lieu pour son commerce; si l'on admet la présomption contraire, ce sera au tiers qui a contracté avec la femme, d'établir que l'acte était relatif au négoce de la femme. Par qui donc la preuve devra-t-elle être faite? La décision, selon nous, dépendra des circonstances de l'acte, de la forme suivant laquelle l'engagement a été pris. Ainsi, quand l'acte a été fait par-devant notaire, comme ce n'est point ainsi que se font le plus souvent les actes commerciaux, pour lesquels il faut plus de célérité, et que dans l'acte notarié on a le temps de réfléchir et de prendre des précautions, on devra s'en tenir à la présomption contraire au tiers, et mettre à sa charge la preuve de la commercialité du contrat. Mais, s'il s'agit d'un billet, d'un de ces actes souscrits avec la rapidité que demande ordinairement le commerce, on devra décider contre la femme, jusqu'à ce que la preuve de non-commercialité soit administrée par elle (art. 638 C. com.).

Du reste, dès que l'acte sera reconnu avoir été fait pour le commerce

---

(1) La contrainte par corps a été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867.

de la femme, soit par la présomption de commercialité non détruite par la femme, soit par la preuve administrée par le tiers, soit enfin par l'énonciation que contient l'acte, la validité de cet acte ne sera nullement soumise à l'emploi commercial des fonds reçus par la femme, soit par suite d'emprunt, soit par suite d'aliénation. Le tiers qui a contracté avec la femme ne peut pas être tenu de venir surveiller la conduite de celle-ci, et ce serait rendre le commerce impossible que de consacrer de semblables exigences. La femme régulièrement autorisée à faire le commerce jouit d'une pleine capacité pour tout ce qui touche à ce commerce; or, l'acte est reconnu commercial; donc, il n'y a pas plus lieu à rescision pour ce cas que pour tous les actes passés par des parties capables (1).

IV. — 742. D'après le dernier alinéa de notre article, la femme n'est plus marchande publique, quand elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Alors, en effet, ce n'est plus elle qui fait le commerce, c'est son mari, dont elle est simplement mandataire. Toutes les fois que la femme n'a pas l'établissement de commerce en son nom, c'est pour le compte du mari, chef de cet établissement, qu'elle vend et achète; alors donc, elle oblige toujours le mari, sans jamais s'obliger elle-même, comme le ferait un commis de ce mari. Par conséquent, il n'y a pas lieu de rechercher alors sous quel régime les époux sont mariés.

221. — Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation, sans que le mari ait été entendu ou appelé.

743. Le mari, par diverses causes, peut se trouver dans l'impossibilité, soit physique, soit légale, d'autoriser sa femme; c'est le cas pour celle-ci de recourir à l'autorisation de la justice. La loi applique cette règle 1° au cas de condamnation du mari à une peine criminelle (art. 6, 7 et 8, C. pén.); 2° au cas d'interdiction ou d'absence (art. 222); 3° au cas de minorité (art. 224); 4° au cas d'action en séparation de corps ou de biens (art. 865 et 878 C. proc.).

Delvincourt enseigne que l'incapacité pour le mari d'autoriser sa femme, par suite de condamnation à une peine infamante, existe, non pas seulement tant que dure la peine, mais tant que dure la conséquence de cette peine, c'est-à-dire la dégradation civique (art. 28 C. pén.). Or, celle-ci continue jusqu'à la mort du mari, hors le cas fort rare de réhabilitation (art. 633 C. d'instr. crim.). C'est là une er-

(1) Jugé que les billets souscrits par une femme autorisée par son mari à faire le commerce et causés valeur en marchandises, sont réputés avoir une cause commerciale et, par suite, obligent la femme et son mari avec elle envers le porteur de bonne foi. Cass., 23 janvier 1854 (Dev., 54, 1, 193; *J. Pal.*, 55, 1, 281).

reur. Il n'en pourrait être ainsi qu'autant que la dégradation civique entraînerait déchéance de la puissance maritale; or, elle ne produit point cet effet, comme le prouve l'art. 34 C. pén., qui énumère les droits dont elle prive, sans faire mention des droits du mari sur sa femme. C'est seulement *pendant la durée de la peine,* comme le dit notre article, que le mari frappé d'une peine infamante est incapable d'autoriser sa femme (1).

222. — Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

744. C'est de l'absence proprement dite, et non de la simple non-présence qu'il s'agit ici (2). L'art. 863 du Code de procédure, qui, avec l'art. 864, règle la mise en exercice de notre article, nous explique qu'il s'agit de l'absence présumée ou déclarée du mari. Il est vrai que lors de la discussion de cet art. 222, quelques membres du Conseil d'État parurent l'entendre dans le sens de la non-présence; mais, quand même il aurait été écrit et voté dans ce sens, tout ce qu'il en faudrait conclure, c'est que l'art. 863 du Code de procédure serait venu y déroger. La femme devra donc, dans le cas de simple non-présence, ou attendre le retour du mari, ou lui demander une autorisation par lettre.

223. — Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme.

745. Cette disposition n'est qu'une conséquence des articles 6 et 1388 (3).

224. — Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

SOMMAIRE.

I. — 746. Il ne s'agit pas ici, bien entendu, d'un mari mineur quant au mariage, mais d'un mari mineur ordinaire de vingt et un ans.

Il est convenable que le tribunal, avant d'autoriser la femme, se fasse éclairer par le mari mineur sur l'affaire pour laquelle l'autorisa-

---

(1) *Sic :* Valette sur Proudhon (t. I, p. 470); Demolombe (t. IV, n. 216); Demante (t. I, n° 304 *bis*); Aubry et Rau (t. IV, § 472). *Contrà :* Massé et Vergé (t I, p. 238).
Comp. Cass., 2 août 1853 (Dev., 55, 1, 209; *J. Pal.*, 55, 1, 581).
(2) *Contrà :* Demolombe (t. IV, n° 214); Demante (I, n° 305 *bis*).
(3) L'autorisation donnée par un mari à sa femme de procéder à tous *partages, li-*

tion est demandée; un jeune homme de dix-neuf ou vingt ans peut être en état de présenter aux juges de sages réflexions. Mais les renseignements qu'on lui demandera seront moins officiels qu'officieux, et le tribunal ne violerait pas la loi en ne l'entendant pas. La femme ne sera pas tenue non plus de suivre ici les règles tracées par l'art. 861 du Code de procédure; ce n'est pas parce que le mari refuse d'autoriser, c'est parce qu'il ne le peut pas, que la femme ici s'adresse à la justice.

II. — 747. Les auteurs, soit anciens, soit modernes, sont loin d'être d'accord sur le fondement de l'autorisation maritale, c'est-à-dire sur les causes qui font déclarer la femme incapable d'exercer les actes civils sans l'assistance de son mari.

Les uns prétendent que l'incapacité de la femme est établie *propter fragilitatem sexûs,* comme celle des mineurs l'est *propter fragilitatem ætatis;* en sorte que, dans les deux cas, ce serait l'incapacité naturelle de la personne, son *imperitia,* qui motiverait son incapacité légale. Or, cette idée est inadmissible. Elle était vraie dans le droit romain primitif, où la femme subissait une incapacité perpétuelle qui la tenait en tutelle toute sa vie; en sorte que la tutelle se définissait alors, une institution organisée *ad tuendum eum eamve qui propter ætatem* VEL SEXUM *se defendere nequit.* Mais, chez nous, où les filles et les veuves ont la même capacité que les hommes, où même la femme actuellement mariée peut être tutrice de ses enfants du premier lit (art. 396) et devenir la tutrice de son propre mari interdit (art. 507), ce principe serait d'une fausseté qui se touche du doigt. La force de la routine peut seule expliquer, dès lors, que de nos jours encore on aille chercher dans des accusations, aussi peu convenantes que peu logiques, d'étourderie et de légèreté, les causes qui ont conduit le législateur à proclamer l'incapacité accidentelle de la femme mariée.

D'autres auteurs, notamment Delvincourt, en rejetant comme nous cette idée, enseignent que l'autorisation est exigée *uniquement* comme marque de la soumission de la femme, comme conséquence du respect dû au mari, et que, dès lors, l'incapacité de la femme n'est établie, exclusivement, que dans l'intérêt moral du mari. Cette théorie, beaucoup plus près de la vérité que la première, devient cependant inexacte dans ce qu'elle a d'exclusif; elle paraît avoir été celle de notre ancien droit français, mais elle n'est certainement pas celle du Code civil. C'est précisément notre article qui le prouve, et après lui l'art. 225 et les art. 1124 et 1125.

En effet, si l'obtention de l'autorisation maritale n'était exigée que comme marque de respect et de déférence de la femme pour son mari,

---

quidations, ventes d'immeubles, n'est pas suffisamment spéciale pour l'autoriser à vendre un de ses immeubles. Caen, 27 janvier 1851. *Comp.* Cass., 10 nov. 1862 (Dev., 63, 1, 145; *J. Pal.*, 63, 537).

La nullité d'une vente d'immeubles consentie par la femme mariée, en vertu d'une autorisation générale du mari, n'est pas couverte, au regard de la femme, par l'approbation ultérieure du mari. Orléans, 6 juin 1868 (Dev., 69, 2, 231).

sans qu'aucune considération d'intérêt pécuniaire, sans qu'aucune crainte de lésion entrât dans la pensée de la loi, il importerait peu que le mari fût majeur ou mineur; car le jeune homme assez âgé pour avoir la qualité d'époux, est assez âgé pour recevoir les marques de déférence qui lui sont données à ce titre. Aussi notre ancienne jurisprudence admettait-elle comme suffisante l'autorisation accordée par un mari mineur (Pothier, *Puissance du mari,* 29, 30, 31). Le Code civil, au contraire, déclare dans notre article que, d'après la manière dont il comprend l'incapacité de la femme, cette incapacité n'est pas levée par l'autorisation d'un mari mineur. Donc, il y a là, aux yeux de la loi, autre chose qu'une pure question de respect : la femme, par sa qualité d'épouse, voit réellement diminuer sa capacité personnelle, laquelle doit être suppléée et complétée par la capacité du mari. C'est pour cela évidemment que, quand le mari, tout capable qu'il est de comprendre et d'agréer une marque de respect, est incapable des actes civils, son autorisation ne peut plus remplir le but de la loi. — De plus, si la nécessité de l'autorisation était imposée uniquement dans l'intérêt moral du mari, l'annulation de l'acte fait sans autorisation ne pourrait être demandée que par l'unique intéressé, le mari, et non pas par la femme. Or, l'art. 225 déclare qu'elle peut l'être aussi par la femme; c'est même de cette femme que l'article parle tout d'abord, comme étant la principale intéressée. — Enfin, les art. 1124, 1125 et 1304 viennent reproduire ces mêmes idées et compléter la démonstration, en mettant sur la même ligne, comme touchant toutes aux intérêts pécuniaires, les trois nullités 1° du mineur, 2° de l'interdit, 3° de la femme mariée; et en disant que toutes trois rendent l'acte, non pas nul radicament, pour toujours et vis-à-vis de tout le monde, mais annulable pendant dix ans, et au profit des intéressés : le mineur, l'interdit et la femme.

Donc, la nécessité de l'autorisation n'est point fondée sur la faiblesse ou la légèreté de la femme; mais elle ne l'est point non plus uniquement sur le respect dû au mari.

747 *bis.* Voici quelle est, selon nous, la pensée du Code sur ce point :

La femme, par le fait de son mariage et tant que dure ce mariage, se trouve mise, pour ses biens comme pour sa personne, sous la garde de l'époux qu'elle se donne pour protecteur. Il est donc naturel, quoiqu'au fond elle conserve toute son expérience, toute la portée de son intelligence, tout *l'animi judicium* qu'elle avait, il est naturel qu'elle se préoccupe moins de ses affaires, qu'elle médite moins ses projets, qu'elle ne se jette plus dans les mêmes calculs, par la pensée qu'un autre est là qui s'acquittera pour elle et mieux qu'elle de tous ces soins. Il est tout naturel qu'elle se réduise au rôle d'instrument passif, dans la main et sous la direction de l'époux. C'est d'autant plus naturel que l'éducation des enfants, les soins du ménage, les mille travaux d'intérieur qui pèsent sur elle, vont absorber ses pensées et ses instants :

tandis que l'époux, affranchi précisément par son mariage des quelques petits travaux de ménage que lui imposait la vie de garçon, se trouve dans les conditions les plus favorables à la gestion du patrimoine de la famille. Donc, la femme, tout en conservant au fond, et de manière à s'en servir encore au besoin, sa pleine capacité, la voit sommeiller, s'évanouir, sous la force des circonstances, et elle tombe, pour les cas généraux et ordinaires, presque dans l'état où nous place la minorité même : il y a, pour ainsi dire, de la part de la femme, démission forcée de sa capacité. La femme sera donc déclarée incapable en général, et ce sera pour son incapacité, aussi bien que pour le respect dû au mari, qu'il lui faudra l'assistance de celui-ci. C'est pour cela que quand le mari est mineur, comme la minorité de celui-ci n'empêcherait probablement pas la femme de se reposer sur lui, de se livrer exclusivement à ses soins de ménage, en comptant sur l'activité et l'intelligence du protecteur de son choix, la loi, qui voit là deux aveugles s'appuyant l'un sur l'autre, déclare que l'autorisation du mari, qui serait suffisante pour le respect dû par la femme, ne l'est pas pour l'incapacité de celle-ci, et elle exige que l'autorisation de la justice intervienne. Mais vienne une circonstance extraordinaire, une circonstance dans laquelle il est impossible à la femme de se reposer sur le mari (par exemple, si le mari est absent ou interdit, ou s'il se trouve être lui-même l'adversaire de l'épouse), alors la pleine capacité qui dormait chez celle-ci se réveille forcément, et la question d'autorisation n'est plus qu'une question de respect.

Des trois cas que nous venons de citer, 1° interdiction du mari, 2° son absence, 3° la contrariété de ses intérêts et de ceux de la femme, il en est deux où notre théorie amène les mêmes résultats que la théorie, toute contraire, de l'incapacité absolue de la femme. En effet, quand le mari est interdit ou absent, il importe peu que l'autorisation du tribunal soit nécessaire pour le seul motif du respect dû par la femme, ou qu'elle le soit aussi pour le motif de l'incapacité de cette femme; puisque, dans les deux systèmes, il faudra toujours que l'autorisation judiciaire intervienne : la loi, d'ailleurs, est formelle sur ce point (art. 222). Mais, dans le troisième cas, notre théorie produit des conséquences importantes et donne la solution d'une question très-controversée par les auteurs. En effet, si la femme, alors même qu'elle a son mari pour partie adverse et qu'il y a contrariété d'intérêts entre eux, restait cependant incapable; comme on ne peut pas protéger et défendre une personne contre soi-même; comme il est absurde, impossible, que je m'occupe de préserver une personne des attaques que moi-même je lui porte, *nemo potest auctor esse in rem suam*, alors l'autorisation du mari serait une dérision et la loi devrait, de toute nécessité, exiger l'autorisation de justice. D'après notre explication, au contraire, la capacité de la femme se réveillant, se relevant entière, alors qu'il y a pour elle impossibilité de compter sur le mari, l'autorisation dont la femme a besoin, ne sera plus ici qu'une question de déférence,

et elle sera valablement donnée par l'époux; en sorte que le seul fait que c'est le mari qui contracte avec la femme suffira pour autoriser celle-ci, et l'intervention de la justice sera inutile.

Eh bien ! cette théorie que donne la nature même des choses, c'est évidemment celle du Code; car l'autorisation judiciaire, que, dans le système contraire, la loi devrait exiger ici impérieusement, elle ne la demande pas; il n'est pas un texte qui y fasse même allusion. Ni dans notre chapitre, où la loi prévoit avec tant de soin les cas d'interdiction, d'absence et de minorité du mari; ni dans les nombreux textes du titre *du Contrat de mariage;* ni nulle part ailleurs dans le Code, la loi ne parle d'autorisation de justice dès-là que le mari est présent et capable; nulle part on ne pourrait trouver un mot qui fasse seulement soupçonner l'inhabileté du mari à autoriser sa femme, parce que l'affaire le concerne. La loi prouve même le contraire, notamment dans l'art. 1595, où, après avoir déclaré en principe que le contrat de vente est défendu entre époux, elle le permet dans trois cas, sans exiger aucune autorisation pour la femme, et dans l'art. 1431, où elle admet la validité de l'obligation contractée par une femme avec le concours du mari pour une affaire de celui-ci.

Ainsi donc, la nécessité de l'autorisation maritale se fonde sur deux causes simultanées, dont l'une, le respect dû au mari, existe toujours, tandis que l'autre, l'inhabileté purement accidentelle de la femme, disparaît dans certaines circonstances. Avec cette théorie, tout s'explique, tout se coordonne dans la loi; si on la rejette, la lumière disparaît avec elle. Dire que le Code prend pour principe la fragilité du sexe, c'est tomber dans l'absurde, puisque alors l'incapacité devrait s'étendre aux filles, et aux veuves; dire qu'il considère uniquement la déférence due au mari, c'est rendre incompréhensibles notre art. 224 et les art. 1124, 1125, 1304, 1431, 1595, etc.

III. — 748. Le Code, en s'occupant dans notre article du cas où le mari est mineur, suppose, bien entendu, que la femme est majeure. Quelles règles faudrait-il suivre, si c'était elle qui fût en minorité? La femme mineure s'est trouvée de plein droit émancipée par son mariage (art. 476), et il est tout naturel et conforme à l'esprit de la loi qu'elle ait pour curateur légal le mari auquel cette loi la soumet. Elle pourra donc passer ses actes avec l'assistance du mari majeur, sauf délibération du conseil de famille et homologation du tribunal dans les cas où c'est nécessaire (art. 482, 483, 484). Que si le mari était aussi mineur, ou qu'il fût interdit, absent, ou sous le coup d'une peine infamante, ou encore qu'il refusât d'autoriser sa femme, il faudrait d'abord à la femme l'autorisation de la justice, à cause de sa qualité de femme mariée; puis, en outre, vu sa qualité de mineure, l'assistance d'un tuteur nommé *ad hoc* par le tribunal.

Nous trouvons l'application de ces principes dans l'art. 2208, alinéa 2 et 3. On y parle de l'expropriation des immeubles d'une femme mariée, et la loi porte une disposition qui présente ces quatre propositions : 1° Si la femme est majeure, l'assistance de son mari majeur

suffit (alinéa 2) ; 2° si le mari refuse de l'assister ou qu'il soit mineur (ou interdit, ou absent, ou sous le coup d'une peine infamante), la femme peut être autorisée par justice (*ibid.*) ; 3° si la femme est mineure, l'assistance du mari majeur suffit encore (alinéa 3) ; 4° enfin, si, la femme étant mineure, le mari est lui-même mineur, ou refuse de l'assister (ou ne le peut), le tribunal doit nommer un tuteur à la femme (*ibid.*).

Remarquons, du reste, que quand la femme est mineure, les actes de l'art. 481, que l'émancipé peut faire sans son curateur, ne pourraient cependant être faits par la femme sans l'assistance du mari, considéré, non comme curateur, mais comme mari, et à cause, non pas de la minorité de la femme, mais de sa qualité de femme mariée. Remarquons encore que, quand le mari autorisera sa femme en tant que mineure et comme lui servant de curateur, l'autorisation ne sera valable que pour les actes passés avec les tiers et non pour ceux qu'elle passerait avec lui-même. Alors, en effet, la femme est vraiment incapable, et c'est bien le cas d'appliquer la règle : *Nemo potest auctor esse in rem suam*. Il faudrait ici encore, en outre de l'autorisation du mari, donner à la femme un tuteur *ad hoc*.

225. — La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

SOMMAIRE.

I. L'acte dépourvu d'autorisation n'étant qu'annulable, le mari peut toujours le ratifier postérieurement. — Effets différents de la ratification du mari ou de la femme, selon l'époque où elle est donnée.

II. *Quid*, si, dans l'acte dépourvu d'autorisation, la femme s'est fait passer pour non mariée ?

III. Le droit d'attaquer l'acte annulable passe aux héritiers et aux créanciers du mari aussi bien qu'à ceux de la femme.

I. — **749.** Dans la plupart des anciennes coutumes, l'acte passé par la femme sans l'autorisation du mari était radicalement *nul*; en sorte qu'il ne pouvait être valable ni par l'assentiment postérieur du mari, ni par la ratification de la femme devenue veuve (Pothier, *Puiss. du mari*, nos 5 et 74). Aujourd'hui, ainsi que le prouvent notre article et l'art. 1125, l'acte n'est qu'*annulable*, et l'annulation n'en peut être demandée que par la femme, le mari ou leurs représentants ; elle ne pourrait pas l'être par ceux ou les représentants de ceux qui ont contracté avec la femme. L'action en annulation n'est prescrite qu'après dix ans depuis la dissolution du mariage (art. 1304).

Puisque, sous le Code, l'acte n'est plus qu'annulable, il peut donc être postérieurement ratifié, soit par le mari et la femme, soit par la femme seule devenue veuve, soit par le mari seul pendant le mariage. Cette dernière idée, que le mari, pendant le mariage, peut même sans le concours de sa femme confirmer, par son consentement postérieur, l'acte non autorisé d'abord ; cette idée, disons-nous, nous paraît évidente et nous ne comprenons pas qu'elle soit rejetée par un grand

nombre d'auteurs et d'arrêts, alors que dans l'ancien droit on la voit admise sans contestation, dans celles des coutumes qui ne considéraient point l'autorisation comme forme substantielle de l'acte. Et, en effet, l'acte non autorisé n'étant plus nul, mais seulement vicieux et annulable, il subsiste donc tant qu'il n'est pas cassé; dès lors, quand le consentement postérieur du mari arrive, il tombe sur un acte réel, il rencontre le consentement non révoqué, non annulé de la femme; il y a donc réunion des deux volontés de la femme et du mari; et l'acte, par conséquent, réunit, dès ce moment, les conditions voulues pour sa validité; le vice est couvert (1).

La principale raison sur laquelle on appuie l'opinion contraire est tirée des circonstances historiques de la rédaction de notre chapitre. Or, ces circonstances, au contraire, sont favorables à notre décision.

Quand l'art. 217 fut présenté pour la première fois à l'assemblée générale du Conseil d'État, il contenait un second alinéa, disant positivement : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » C'était la consécration du principe résultant forcément de ce que, dans le nouveau système, l'acte n'était plus nul, mais annulable seulement. Aussi, personne ne critiqua-t-il cette disposition. Le premier alinéa, qui n'exigeait alors l'autorisation que pour les aliénations, sans parler des acquisitions autres qu'une succession, fut seul discuté et critiqué, notamment par M. Regnault, qui voulait qu'on défendît à la femme toute espèce d'acquisition. Cette idée fut admise, et, avec l'amendement de M. Regnault, l'article fut adopté (Fenet, p. 74, 75 et 76). En conséquence, la Section de législation dut s'occuper de donner à l'article une rédaction nouvelle; or, dans cette rédaction nouvelle, le second alinéa ne fut pas remis. De là nos adversaires concluent que l'idée fut rejetée. La conclusion nous paraît étrange. L'idée fut rejetée! Mais pourquoi donc, et surtout par qui? Apparemment par la Section de législation, qui retira à dessein ce second alinéa pour faire tomber le principe. Mais on n'y pense pas : car l'idée, qui était devenue celle du Conseil tout entier, était surtout et avant tout l'idée de la Section; c'était la Section qui l'avait écrite dans l'article pour la présenter à l'assemblée générale. Et voici que la Section va rejeter sa propre doctrine, quand elle est devenue celle du Conseil entier, et que l'assemblée générale, qu'elle engageait à l'accepter, l'a en effet acceptée à l'unanimité?!! Ne voit-on pas bien, au contraire, que si la Section, dans sa rédaction nouvelle, garda le silence sur ce point, c'est que ce point, qui lui paraissait, à elle, une conséquence toute simple des principes, ayant été adopté comme tel

---

(1) *Conf.* Pothier (*Puiss. marit.*, n° 74); Lebrun (liv. 2, chap. 1, sect. 4); Delvincourt (t. I); Vazeille (II, 379); Zachariæ (III, p. 544); Demante (*Cours*, I, n° 300 *bis*, VIII, Duvergier (sur Toullier); Riom, 23 janvier 1809; Colmar, 28 nov. 1816; Dijon, 1er août 1818. — *Contrà :* Merlin (*Rép.*, v° Aut. marit., sect. 6, § 3); Toullier (II, 648); Duranton (II, 518); Benoît (I, 224); Chardon (n° 145); Cubain (n° 135); Demolombe (IV, 211); Rej., 12 février 1828. Cassation (d'un arrêt de Paris), 26 juin 1839; Paris, 23 février 1849 (Dev., 39, 2, 878; 49, 1, 145). — Voy. ci-dessus la note sous l'art. 217).

par tous les membres de l'assemblée générale et sans donner lieu à la moindre observation, elle crut peu utile de l'écrire en termes formels et pensa qu'il ne paraîtrait douteux à personne.

Cette pensée de la Section de législation se trouve en effet indiquée, ce nous semble, par une transposition qu'elle a fait subir aux derniers mots du premier alinéa. Cet alinéa, dans sa première rédaction, demandait *le consentement par écrit ou le concours du mari dans l'acte.* Dans la seconde rédaction, en retranchant le deuxième alinéa, elle a interverti l'ordre des deux idées et a dit qu'il fallait *le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* Or, ou bien ce changement est puéril et n'a pas de sens, ou bien il a été fait pour que l'article, réduit à son seul alinéa, pût s'entendre dans le sens de l'alinéa qu'on retranchait. On demandait d'abord *consentement écrit ou concours dans l'acte,* ce qui semblait indiquer un consentement écrit existant au moment de la confection de l'acte; c'était alors indifférent pour la Section, puisque la validité du consentement écrit postérieurement à l'acte était proclamée par un alinéa exprès. Mais cet alinéa disparaissant, la Section a pu trouver utile d'arranger les mots de manière à signifier indistinctement un consentement antérieur ou postérieur à l'acte. C'est ce qu'elle a fait en reportant les mots *concours dans l'acte* avant ceux *consentement par écrit.* Cette transposition n'a pas pu avoir d'autre but.

750. Ainsi, le consentement donné postérieurement, mais pendant le mariage, par le mari, valide l'acte non autorisé d'abord, et brise l'action en nullité, soit vis-à-vis du mari, soit vis-à-vis de la femme. Que si c'était après la dissolution du mariage que ce consentement du mari intervînt, comme alors il n'y a plus de puissance maritale, que l'époux survivant n'est plus mari et que, dès lors, son consentement ne peut plus constituer une autorisation de mari, ce consentement rendrait bien l'acte inattaquable pour lui et ses ayants cause, mais il ne produirait aucun effet pour les héritiers ou autres ayants cause de la femme.

Quant à la ratification donnée par la femme seulement, si c'est pendant le mariage, elle ne produira aucun effet, ni vis-à-vis du mari, ni vis-à-vis de la femme elle-même, puisque sans autorisation la femme mariée ne peut rien faire. Si c'est après la dissolution du mariage, comme alors la femme est redevenue maîtresse de ses droits, l'acte se trouve validé vis-à-vis d'elle et de ses ayants cause, mais il reste annulable pour les ayants cause du mari. Il en serait de même, si la ratification était donnée par elle pendant le mariage avec autorisation de justice : car au moyen de cette autorisation le consentement de la femme produit son effet; mais cet effet ne peut pas se réaliser contre le mari, puisque lui n'a pas donné son assentiment (art. 1426).

II. — 751. Que déciderait-on si, dans l'acte dépourvu de l'autorisation maritale, la femme s'était fait passer pour non mariée? Devrait-on, malgré la bonne foi du tiers, annuler pour défaut d'autorisation?... La loi prévoit le cas quand il s'agit d'un mineur. Si le mineur est assez

âgé et assez intelligent pour être *doli capax*, et qu'il ait employé des moyens frauduleux pour tromper le tiers, il ne peut demander l'annulation ; car il y a là un délit créant une obligation contre laquelle il ne peut être restitué (art. 1310) ; mais s'il s'est contenté, sans manœuvres tendant à circonvenir le tiers, de se dire majeur, cette simple déclaration n'empêche pas l'annulation de l'acte (art. 1307).

M. Demolombe (IV, n°s 327 et 328) applique cette théorie au cas d'une femme mariée... Nous ne saurions adopter ce sentiment ; car il n'y a aucune analogie entre les deux cas. Quand je suis en face d'un mineur, le seul aspect de sa figure doit me donner au moins des soupçons sur son incapacité : dès lors, je puis demander son acte de naissance, et s'il me présente un faux acte à l'appui de son mensonge, je ne serai plus dans le cas d'une *simple déclaration* de majorité, il y aura de sa part un délit des conséquences duquel sa minorité ne le garantira pas. Que si je me suis contenté de son assertion, alors qu'il était si naturel et si facile de demander l'acte de naissance, c'est à moi seul que je dois m'en prendre. On conçoit donc que dans ces circonstances et quand il s'agit d'ailleurs d'un individu que sa minorité même, son inexpérience empêchaient de calculer les conséquences de son mensonge, l'art. 1307 permette l'annulation à son profit. Mais quand il s'agit d'une femme de trente ans, je ne puis pas lire sur son visage qu'elle est mariée, et je ne puis pas lui demander un acte qui constate qu'elle ne l'est pas ; enfin, elle, de son côté, comprend parfaitement la gravité du mensonge qu'elle fait dans l'acte. Pour elle, ce mensonge est un délit dont elle doit répondre par *à fortiori* de l'art. 1310. L'annulation ne devra donc pas être prononcée. Il n'en pourrait être autrement qu'autant que le peu d'intelligence de la femme ou d'autres causes d'excuse diminueraient sa culpabilité, et que le tiers, de son côté, aurait été en état de se renseigner sur la qualité de la femme, en sorte qu'il y aurait à lui reprocher une grave négligence... Quant à un arrêt que nous oppose M. Demolombe (Cass., 15 nov. 1836 ; Dev., 36, 1, 909), il n'a rien de contraire à notre doctrine et nous l'approuvons pleinement ; car (à part encore une autre raison), il s'agissait d'une femme qui n'avait rien déclaré sur sa qualité, qualité dont le tiers de son côté ne s'était pas enquis, tandis que nous supposons une femme qui s'attribue une qualité fausse et s'oblige ainsi par son mensonge.

III. — 752. Nous avons vu, sous l'article précédent, que la règle de l'autorisation maritale n'est point seulement une question de respect pour le mari, mais aussi, et en même temps, une question de capacité personnelle, touchant aux intérêts pécuniaires. Or, l'intérêt pécuniaire qui existera toujours et qui se conçoit de suite pour la femme et ses représentants, peut exister aussi pour le mari et les ayants droit du mari. Ainsi, qu'une femme commune renonce sans autorisation à une succession qui devait mettre dans la communauté des valeurs mobilières considérables (art. 1401) ; il est clair que le mari, ou après lui ses héritiers auront un intérêt pécuniaire à faire annuler la renonciation, pour augmenter la communauté à la moitié de laquelle ils ont

droit. L'action en nullité peut donc avoir pour cause, tantôt un intérêt moral, tantôt un intérêt pécuniaire. Quand elle n'est fondée que sur l'intérêt moral, l'action ne peut appartenir qu'au mari dont l'autorité a été méprisée, et seulement tant que dure le mariage, puisque la dissolution de ce mariage fait cesser cette autorité. Quand il s'agit, au contraire, d'intérêts pécuniaires, l'action appartient à la femme, au mari, et à tous leurs héritiers ou ayants cause. C'est sans doute pour n'avoir pas aperçu l'intérêt d'argent qui peut exister alors pour le mari et ses représentants, que des auteurs ont enseigné que l'action ne pouvait jamais passer aux héritiers du mari, mais seulement à ceux de la femme. Notre article, du reste, donne un démenti formel à cette doctrine en accordant l'action à la femme, au mari et à *leurs* héritiers.

Et ce n'est pas seulement aux héritiers, c'est aussi aux créanciers qu'appartient l'action fondée sur l'intérêt pécuniaire; attendu que tous les biens d'un débiteur formant le gage de ses créanciers (art. 2093) et les actions pécuniaires étant vraiment des biens, ces actions peuvent, dès lors, être exercées par les créanciers de la personne à laquelle elles appartiennent, ainsi que le dit l'art. 1166 (1). Cet article excepte, avec raison, les actions exclusivement attachées à la personne, comme seraient une action en séparation de corps, en séparation de biens, ou, dans notre matière même, l'action appartenant au mari sur le seul motif du mépris fait de son autorité. Mais, quand l'action est purement pécuniaire, on conçoit qu'elle ne rentre plus dans cette exception, et nous ne comprenons pas comment Toullier a pu y placer celle dont nous parlons ici.

226. — La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.

753. Il est clair que la femme n'a pas non plus besoin d'autorisation pour révoquer le testament qu'elle a fait. Du reste, la disposition de notre article n'était pas inutile; car autrefois il y avait quelques coutumes dans lesquelles la femme ne pouvait tester qu'avec l'autorisation maritale, notamment la Coutume de Normandie, dont l'art. 417 dit : « Femme mariée ne peut tester d'aucune chose, s'il ne lui est permis par son mari, ou que par son traité de mariage il ne soit ainsi convenu. »

CHAPITRE VII

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

227. — Le mariage se dissout :

1° Par la mort de l'un des époux;

2° Par le divorce légalement prononcé;

---

(1) Cass., 10 mai 1853 (Dev., 53, 1, 572; *J. Pal.*, 53, 1, 524). — Il en serait autrement si l'obligation avait été ratifiée par les époux. Cass., 17 août 1853 (Dev., 55, 1, 811; *J. Pal.*, 55, 2, 61).

3° Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux, à une peine emportant *mort civile.*

I. — 754. Le divorce ayant été aboli, comme on le sait, par la loi du 8 mai 1816, il n'existe plus que deux causes de dissolution du mariage : la mort naturelle et la *mort civile* (1).

II. — 755. Le dernier alinéa de notre article est mal rédigé : ce n'est jamais la condamnation qui produit la dissolution du mariage, c'est *la mort civile* (2), ainsi qu'on l'a vu par l'art. 25. Delvincourt, M. Vazeille (II, 528 et 555) et M. Duranton (II, 521), abusant de la rédaction peu exacte de cet alinéa, lui donnent un sens qui est certainement bien loin de la pensée de la loi, et qui conduirait à une étrange doctrine. En cas de contumace, disent-ils, la condamnation ne peut être dite définitive que quand le condamné ne peut plus se présenter pour obtenir un nouveau jugement ; or, ceci n'a lieu, d'après les art. 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, qu'après vingt ans depuis la prononciation de l'arrêt. C'est donc après ces vingt ans seulement que le mariage du condamné sera dissous. La Cour d'Angers s'est laissé entraîner à cette doctrine (21 août 1840 : Dev., 40, 2, 372).

Pour être conséquent avec cette manière d'interpréter l'article, il faudrait dire : En cas de sentence contradictoire, c'est après les trois jours accordés pour se pourvoir en cassation que la condamnation est définitive : donc, c'est aussitôt après ces trois jours que le mariage du condamné est dissous. Il suivrait de là que, dans les condamnations contradictoires, le mariage pourrait être dissous deux ou trois mois *avant* la mort civile (puisque celle-ci n'a lieu que par l'exécution, laquelle peut ne se réaliser que longtemps après l'arrêt) ; tandis que, dans les condamnations par contumace, qui emportent mort civile après les cinq ans depuis l'exécution fictive, cette dissolution n'aurait lieu que quinze ans *après* la mort civile. Ainsi, ce ne serait *jamais* la mort civile qui produirait la dissolution! Cette réflexion suffit pour apprécier la doctrine de ces auteurs... Comment, d'ailleurs, a-t-on pu s'imaginer que les rédacteurs du Code entendaient soumettre le sens de leur article aux dispositions du Code d'instruction criminelle, qui n'existait pas encore, même en projet?... Est-il besoin de dire que c'est aux textes de la mort civile que les rédacteurs ont entendu se reporter? Or, ces textes sont très-clairs : Le mariage du condamné se dissout par la mort civile (art. 25, alin. 8) ; et la mort civile est encourue par l'exécution, dans les condamnations contradictoires (art. 26), et par l'expiration de cinq ans depuis l'exécution fictive, dans les condamnations par contumace (art. 27). Ne voit-on pas bien que c'est pour rappeler ces cinq années de grâce, pendant lesquelles la mort civile n'a pas lieu, qu'on a parlé ici de condamnations *devenues définitives,* lesquelles, dans le projet et dans la discussion du Conseil d'État, étaient mises en opposition avec les condamnations contradictoires?...

(1-2) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

Les mots *condamnation devenue définitive* signifient donc condamnation arrivant à produire la mort civile ; et notre article tout entier se résume à dire que le mariage se dissout *par la mort*, soit naturelle, soit civile, de l'un des époux (1).

CHAPITRE VIII

DES SECONDS MARIAGES.

228. — La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent.

I. — 756. L'empêchement posé par cet article a surtout pour but d'éviter la confusion de part, *turbationem sanguinis*, et de prévenir l'incertitude où l'on serait de savoir si c'est au précédent mari, ou au mari actuel, que doit être attribuée la paternité de l'enfant né dans les premiers mois du mariage nouveau. Mais ce motif n'est pas le seul, et l'on conçoit que ce serait un outrage à la morale et à la décence publique, que de permettre à la femme de convoler à une nouvelle union immédiatement après la dissolution de la première. Aussi notre article est-il rédigé d'une manière absolue et qui ne permettrait pas le mariage avant les dix mois, dans le cas même où l'accouchement de la femme, suivant de quelques jours seulement la mort du mari, ferait disparaître toute crainte d'une confusion de part.

Les motifs de la loi étant les mêmes dans le cas d'un mariage déclaré nul, il est évident que notre article s'appliquerait également à ce cas.

Du reste, le chapitre des nullités n'indiquant point cette circonstance parmi les causes d'annulation de mariage, il s'ensuit que l'union contractée par la femme avant l'expiration des dix mois ne pourrait être déclarée nulle sur ce motif, et que la défense de notre article ne constitue qu'un empêchement prohibitif.

II. — 757. Si, en fait, la femme, par suite de l'extrême négligence de l'officier de l'état civil, ou en trompant cet officier, s'était remariée fort peu de temps après la dissolution du mariage précédent, et qu'un enfant naquît avant la fin du dixième mois depuis cette dissolution, auquel des deux époux attribuerait-on la paternité de cet enfant? La loi, dans l'art. 312, 2e alinéa, établit comme présomption légale, que la grossesse d'une femme peut quelquefois ne durer que cent quatre-vingts jours, ou six mois, et qu'elle peut aller quelquefois jusqu'à trois cents jours, ou dix mois. C'est à cause de cette possibilité d'une gestation de dix mois que la loi exige ici ce délai avant la célébration du second

---

(1) *Conf.* Merlin (*Rép.*, v° Mar., sect. 2, § 2); Desquiron (*Mort civ.*, n° 450); Proudhon (I, p. 477); Dalloz (v° *Mar.*, p. 158); Zachariæ (III, p. 347); Valette (sur Proudhon); Richelot (I, 114); Lagrange (*Ex. crit.*, p. 129); Demolombe (I, 231); Douai, 3 août 1819; Rennes, 11 mai 1847, 5 juin 1851 (Dev., 47, 2, 365; 51, 2, 341).

mariage (1). Eh bien! que déciderait-on si l'enfant naissait avant trois cents jours depuis la dissolution du premier mariage, mais après cent quatre-vingts jours depuis la célébration du second?

La présomption de la loi, la règle de l'art. 312, ne pouvant plus donner de résultat, puisqu'elle attribuerait l'enfant aux deux maris tout ensemble, il faudra décider, en fait et d'après le témoignage des gens de l'art, si l'enfant est venu après une courte ou une longue gestation. Que si le second mariage ayant eu lieu quelques jours seulement après la dissolution du premier, l'enfant naissait précisément après un délai tel qu'il serait tout à fait impossible de l'attribuer plutôt à l'un des maris qu'à l'autre, c'est au second qu'on devrait l'attribuer, 1° parce que l'empressement des nouveaux époux à se marier doit faire soupçonner qu'il y avait entre eux un commerce dont ils se sont hâtés de couvrir les suites; 2° parce que ce second mari est en faute de s'être ainsi marié, contrairement aux prescriptions de la loi.

RÉSUMÉ DU TITRE CINQUIÈME

DU MARIAGE.

I. — Le mariage, élevé par la religion chrétienne à la dignité de sacrement, n'est, aux yeux de la loi, qu'un contrat civil par lequel l'homme et la femme s'unissent pour perpétuer leur espèce, et s'aider à porter le poids de la vie, en partageant leur commune destinée.

Nous aurons à voir successivement et dans quatre chapitres :

1° Quelles conditions sont requises pour le mariage, et quel effet produit l'absence de telle ou telle de ces conditions;

2° Comment se prouve le mariage;

3° Quels effets il produit;

4° Enfin, par quelles causes il se dissout.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS REQUISES POUR LE MARIAGE; EFFET DE LEUR ABSENCE.

II. — Les conditions exigées pour le mariage se divisent en trois classes.

Les unes, au nombre de trois, sont essentielles à la formation même du contrat; en sorte que, quand l'une d'elles manque, le mariage n'existe pas. D'autres, au nombre de huit, sont nécessaires, non plus

(1) Nous disons que, pour la loi, cent quatre-vingts jours faisaient six mois; et trois cents jours, dix mois. On sait, en effet, que le Code a été promulgué sous le calendrier républicain, dans lequel tous les mois étaient de trente jours.

à l'existence, mais à la validité du contrat; en sorte que leur absence n'empêche pas le mariage de se former, mais le rend annulable. D'autres enfin ne sont indispensables ni à l'existence ni à la validité du contrat; leur absence est bien un obstacle à la célébration de l'union; mais si, par le fait, cette célébration, toute prohibée qu'elle était, a cependant eu lieu, le mariage reste inattaquable.

Nous expliquerons séparément ces trois classes de conditions dans trois sections; puis nous exposerons, dans une section quatrième et dernière, le droit d'opposition que la loi accorde à certaines personnes, dans le but principal de faire connaître à l'officier de l'état civil les causes qui font obstacle à la célébration.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS NÉCESSAIRES A L'EXISTENCE DU MARIAGE.

III. Trois conditions seulement sont indispensables à la formation du mariage : 1° la capacité, chez les deux contractants, d'être mari et femme, c'est-à-dire la différence de sexe; 2° leur consentement naturel et civil de se prendre réciproquement pour époux; 3° la célébration solennelle de leur union par un officier de l'état civil.

Nous disons qu'il faut le consentement naturel *et civil* des contractants. En effet, le mort civilement (1) et l'interdit pour démence, tout capables qu'ils sont, l'un perpétuellement, l'autre pendant ses intervalles lucides, de donner un consentement de fait, ne peuvent cependant contracter un mariage civil, parce que, légalement, l'un est réputé mort, et l'autre toujours privé de raison. Nous disons aussi que la troisième condition consiste dans la célébration de l'union par *un* officier de l'état civil, quand même ce ne serait celui spécialement désigné par la loi. En effet, ce n'est pas l'incompétence de l'officier, c'est l'absence de tout officier, qui empêcherait le mariage d'exister.

Par l'absence d'une de ces trois conditions, le mariage ne se forme pas, et, dès lors, il n'y a pas lieu de parler d'annulation; car on n'annule pas ce qui est nul, on ne détruit pas ce qui n'existe point. A la vérité, il faut ici, comme dans toute espèce de contestations, s'adresser aux tribunaux; mais ce n'est pas pour qu'ils brisent le mariage, c'est pour qu'ils proclament que ce prétendu mariage n'a jamais eu de réalité légale. (*Observ. prélim.* du chap. IV.)

SECTION II

CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU MARIAGE. — EMPÊCHEMENTS DIRIMANTS. — DEMANDES EN NULLITÉ.

IV. — Les conditions exigées pour la validité du mariage, et dont l'absence constitue les *empêchements dirimants,* parce que, tout en laissant le mariage se former, elle permet de le faire briser (*dirimere*), sont

---

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

au nombre de huit. Il y a donc huit empêchements dirimants, et, dès lors, huit causes de demandes en nullité, ou, pour mieux dire, en annulation. Ce sont :

1° Le défaut de liberté dans le consentement de l'un des époux ;

2° L'erreur d'un des époux sur les qualités principales de l'autre ;

3° Le défaut de consentement des personnes dont dépend un époux mineur ;

4° L'impuberté des époux ou de l'un d'eux ;

5° L'engagement actuel d'un des époux dans les liens d'un mariage valable et dont le conjoint n'est pas absent ;

6° La parenté ou alliance des époux au degré prohibé ;

7° Le défaut de publicité du mariage ;

8° Enfin, l'incompétence de l'officier qui a procédé à la célébration.

Disons un mot de chacune de ces huit circonstances.

V. — 1° Le défaut de liberté dans le consentement peut résulter, soit de violence, soit de séduction ; c'est aux tribunaux à décider, par l'appréciation des circonstances, si les causes qui ont détruit la liberté sont vraiment immorales, et si le défaut de liberté est suffisant pour annuler le mariage. Du reste, le mariage ne peut être attaqué pour cette cause que par l'époux dont le consentement n'a pas été suffisamment libre ; et l'action, qui ne passerait pas même à son héritier et qui s'éteint toujours par sa mort, ne peut plus être intentée par lui-même quand le vice est couvert. Or, ce vice se couvre par trois causes : 1° une ratification formelle donnée par l'époux après la recouvrance de sa liberté ; 2° une ratification tacite, résultant d'une cohabitation de six mois depuis cette même recouvrance ; 3° enfin, la prescription, laquelle s'accomplirait par le laps de trente années à partir de cette même recouvrance de la liberté (art. 180 et 181).

Quant au défaut du consentement lui-même, nous avons vu, à la section précédente, qu'il serait une cause de non-existence du mariage.

VI. — 2° La seconde cause de nullité est l'erreur d'un époux *dans la personne* de son conjoint, en d'autres termes sur les qualités principales de ce conjoint. Elle suit les mêmes règles que la précédente.

Ainsi, 1° c'est au juge à décider, par les circonstances, si l'erreur est assez grave pour motiver l'annulation ; 2° l'action est rigoureusement personnelle à l'époux induit en erreur ; 3° elle ne pourrait plus être intentée, ni après une ratification formelle, ni après six mois de cohabitation, ni après le délai de trente ans ; pourvu que l'un de ces trois événements se soit accompli postérieurement à la cessation de l'erreur.

Il importe peu, on le conçoit, que l'erreur sur les qualités du conjoint se soit réalisée sans aucune substitution de personnes, ou par la substitution faite à une personne que l'époux trompé ne connaissait pas ; le résultat est le même toutes les fois que l'erreur ne porte que sur les qualités. Mais si, par impossible, il y avait substitution à une personne que l'époux trompé connaissait, et, par conséquent, erreur

sur l'individu même, il est clair que ce serait un cas de non-consentement, et, dès lors, une cause, non plus d'annulation du mariage, mais de non-existence de ce mariage (art. 180).

VII. — 3° Un consentement, autre que celui de l'époux, n'est demandé pour le mariage que quand l'époux est mineur.

Sont mineurs, quant au mariage, tous hommes et femmes ayant moins de vingt et un ans, et aussi les hommes qui, ayant plus de vingt et un et moins de vingt-cinq ans, ont encore des ascendants en état de manifester leur volonté. Donc, l'homme ou la femme ne peuvent, jusqu'à vingt et un ans, se marier sans le consentement de leurs ascendants ou de leur conseil de famille; et les hommes entre vingt et un et vingt-cinq ans ne le peuvent pas sans le consentement de leurs ascendants.

VIII. — Le système de la loi, pour le consentement à obtenir des ascendants, se compose de ces quatre règles : 1° la présence d'un seul ascendant du premier degré en état de manifester sa volonté empêche le droit de consentir de passer aux ascendants supérieurs, ainsi, quand, après la mort de mon père, j'ai ma mère et mon aïeul paternel, ma mère seule exerce le droit. Cette règle ne s'applique plus au delà du premier degré (art. 148-150).

2° Quand les ascendants du premier degré sont tous deux morts ou hors d'état de consentir, le droit passe simultanément aux deux lignes paternelle et maternelle, et appartient à l'ascendant le plus proche ou aux ascendants les plus proches de chaque ligne. Si donc j'ai mon aïeul paternel et mes deux bisaïeuls maternels, le droit appartient à ces derniers aussi bien qu'au premier, quoique celui-ci soit d'un degré plus proche qu'eux.

3° A quelque degré que ce soit, deux ascendants conjoints ne comptent que pour un; c'est la volonté du mari qui l'emporte. La femme, à la vérité, doit être consultée; mais cette consultation dont l'absence sera un empêchement légal à la célébration, comme on va le voir dans la section III, n'est pas nécessaire à la validité du mariage. Le mariage, avec le consentement de l'ascendant sans consultation de l'ascendante sa femme, ne devrait pas être célébré; mais si, en fait, il l'était, l'annulation ne serait pas possible (*ibid.*).

4° Enfin, pour les ascendants au delà du premier degré, le consentement d'une des deux lignes est seul nécessaire à la validité du mariage; et il en est de même, dans chaque ligne, pour les deux branches de cette ligne. Ici encore la consultation de la seconde ligne ou de la seconde branche est exigée par la loi, et au défaut de cette consultation le mariage ne devrait pas être célébré; mais s'il l'était cependant, il n'y aurait pas de nullité (*ibid.*).

IX. — Ces règles, dans leur ensemble, ne sont relatives qu'aux enfants légitimes. Quant aux enfants naturels, ils ne peuvent, aux yeux de la loi, avoir d'autres ascendants que *les père et mère* qui les ont légalement reconnus ou contre lesquels est intervenue une déclaration judiciaire de paternité ou de maternité. On ne peut donc leur appliquer,

dans ce qui vient d'être dit, que ce qui est relatif aux père et mère. Quand l'enfant naturel n'a ni père ni mère légalement connus, il ne peut se marier au-dessous de vingt et un ans, qu'avec le consentement d'un tuteur *ad hoc*, qui lui est nommé par un conseil de famille composé d'amis (art. 158 et 159).

X. — On peut donc dire d'une manière générale que l'une des conditions nécessaires à la validité du mariage, c'est, pour l'époux *mineur*, le consentement *de sa famille*. Dans ce cas, l'expression de *mineur* représente, selon les circonstances, une personne de moins de vingt et un ans ou un jeune homme entre vingt et un et vingt-cinq ans; et celle de *famille* signifie, tantôt les ascendants légitimes de tout degré, tantôt les père et mère naturels légalement connus, tantôt le conseil de famille, même composé d'étrangers (parce qu'il n'en constitue pas moins la famille légale de l'époux), tantôt enfin le tuteur *ad hoc*, qui, nommé par le conseil de famille, représente encore la famille légale de l'enfant.

Le consentement dont il s'agit peut être donné, ou verbalement par la personne présente au mariage, ou par un acte écrit, lequel doit être passé devant notaire (art. 73).

XI. — L'action en nullité pour défaut de consentement de la famille au mariage de l'époux mineur est rigoureusement réservée à l'époux qui avait besoin de ce consentement et à la personne revêtue de l'autorité qui a été méprisée.

Il faut bien remarquer la portée de cette dernière partie de la règle. Ainsi, après la mort du père qui n'a pas consenti, la mère, quoique son consentement eût dû être demandé concurremment avec celui du père, ne peut cependant pas agir, car ce n'est pas le mépris de son autorité, à elle, qui causait la nullité. Ainsi encore, quand le mineur de vingt et un ans, marié sans le consentement du conseil de famille, arrive à sa majorité avant que ce conseil ait intenté l'action, cette action n'est plus possible, parce qu'il n'y a plus de conseil de famille. Enfin, dans le cas d'un tuteur *ad hoc*, l'action en nullité n'est jamais possible pour l'autorité méprisée, parce qu'une fois le mariage célébré, le tuteur, qui n'était tuteur que *ad hoc*, cesse d'avoir cette qualité (art. 182).

XII. — L'action s'éteint, et vis-à-vis de la famille et vis-à-vis de l'enfant par la ratification de la famille; elle s'éteint aussi par la ratification de l'enfant, mais vis-à-vis de lui seulement. La ratification de la famille, c'est-à-dire de celui ou de ceux qui devaient consentir, peut être expresse ou tacite; et il est à remarquer que la ratification tacite, qui résulte toujours du silence gardé par la famille pendant un an, à partir de la connaissance qu'elle a eu du mariage, peut résulter aussi de toute autre circonstance. La ratification de l'enfant, au contraire, ne peut être donnée expressément qu'après le moment où il est dans les conditions voulues pour consentir seul au mariage; et elle ne peut résulter tacitement que du silence gardé par lui pendant une année à partir de ce même moment (art. 183).

Le défaut de consentement des ascendants ou de la famille, outre l'action en nullité à laquelle il donne lieu, rend encore l'officier qui a

procédé à la célébration, passible d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de 16 à 300 francs (art. 156).

XIII. — Dans les trois cas dont nous avons parlé jusqu'ici, on dit qu'il y a *nullité relative,* parce qu'en effet l'action en annulation n'existe, comme on le voit, que relativement à certaines personnes.

Dans les cinq cas qu'il nous reste à voir (1° impuberté, 2° bigamie, 3° inceste, 4° clandestinité, 5° incompétence de l'officier), il y a nullité *absolue,* c'est-à-dire que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt, soit moral, soit pécuniaire, à l'intenter; puis aux deux époux, même à celui dont le mariage constituerait un crime (art. 184).

Les personnes ayant intérêt moral sont : dans le cas de bigamie, le premier époux du bigame; dans tous les cas, les ascendants de tout degré, ou, à leur défaut, le conseil de famille; et toujours aussi le ministère public, mandataire de la société. Il y a cependant, pour ce dernier, cette différence, que le conjoint, les ascendants ou le conseil de famille peuvent agir en nullité, soit pendant l'existence du mariage annulable, soit après sa dissolution par la mort de l'époux du chef duquel ils agissent; tandis que le ministère public ne peut agir que du vivant des deux époux, pour faire cesser le scandale qu'ils donnent, en les forçant à se séparer (art. 184, 188, 190).

Quant à ceux dont l'action se fonde sur un intérêt pécuniaire, ils peuvent agir toutes les fois que leur intérêt existe actuellement. Le plus souvent, cet intérêt n'existera qu'après la dissolution du mariage annulable; mais il pourra bien quelquefois exister du vivant même des époux (art. 187).

Arrivons maintenant aux cinq conditions qu'il nous reste à indiquer, et sur lesquelles nous aurons moins de détails à donner, au moyen de ces observations générales.

XIV. — 4° L'homme avant dix-huit ans, la femme avant quinze ans ne peuvent se marier, à moins de dispenses que le chef de l'État peut accorder pour les causes graves. Mais ces dispenses n'ont point l'effet de valider le mariage antérieurement contracté (art. 144 et 145).

XV. — Il y a ceci de remarquable pour la nullité résultant du défaut d'âge, qu'elle est la seule des cinq nullités absolues qui ne puisse pas être demandée par les ascendants ou le conseil de famille qui auraient consenti au mariage. Mais les parents qui ont consenti sont les seuls à qui le droit d'intenter l'action soit retiré. Ainsi, quand le père ou la mère a consenti, les autres ascendants et le conseil de famille, s'il en existe un, pourraient toujours agir (art. 186).

XVI. — La nullité du mariage ne peut plus être prononcée quand il s'est écoulé six mois depuis que l'époux marié avant sa puberté a atteint l'âge compétent; elle ne peut plus l'être non plus du chef de la femme, lorsque cette femme se trouve enceinte (art. 185).

XVII. — 5° L'existence d'un premier mariage forme toujours empêchement à un mariage subséquent; mais quand la première union est annulable, ou que le conjoint est absent, la seconde ne peut pas être annulée. C'est donc seulement l'existence d'un premier mariage,

valable, et dont le conjoint est *certainement vivant,* qui forme empêchement dirimant et devient une cause de nullité. Cette nullité ne peut se couvrir par aucun moyen (art. 147 et 189).

XVIII. — 6° Une sixième condition nécessaire à la validité du mariage, c'est que les deux époux ne soient entre eux ni parents ni alliés à un degré déterminé. En effet, le mariage est défendu, sous peine de nullité, à toute personne, avec ses descendants, ses frères ou sœurs, et les descendants de ses frères ou sœurs; puis avec ses alliés en ligne directe et ses beaux-frères ou belles-sœurs. Mais ici, comme dans le cas d'impuberté, le chef de l'État peut accorder des dispenses; non pas cependant pour tous les cas de parenté ou d'alliance, mais seulement pour les descendants de frères ou sœurs et pour les beaux-frères et belles-sœurs. Ici, comme dans le cas de bigamie, la nullité ne peut se couvrir par aucun moyen (art. 161-164 et 184).

XIX. — 7° et 8° Les deux dernières conditions voulues pour la validité d'un mariage sont sa célébration par l'officier compétent, et la publicité antérieure et contemporaine à cette célébration (article 191).

L'officier compétent est celui du domicile de l'un des époux; et le domicile, en fait de mariage, ne s'établit que par six mois d'habitation dans une même commune. Une fois acquis dans une commune, ce domicile ne s'y perd que par six mois écoulés depuis la cessation de l'habitation (art. 74).

Les deux conditions dont il s'agit ici ne sont, à proprement parler, que les deux parties d'une condition unique, savoir : la publicité du mariage, laquelle se divise en *publicité de fait,* résultant de l'accomplissement des moyens matériels de notification, et *publicité civile,* résultant de la célébration devant l'officier compétent, constitué par la société le premier témoin du mariage (art. 191).

XX. — Cette condition de publicité, embrassant et la publicité de fait et la présence de l'officier compétent, est exigée, disons-nous, sous peine de nullité du mariage. Mais cette nullité (au lieu de résulter de causes catégoriquement précisées par la loi) est laissée, comme celles pour défaut de liberté ou pour erreur sur les qualités principales, à l'appréciation des tribunaux. C'est à eux de voir si, malgré l'inobservation de tels ou tels moyens de publicité, on n'en aurait pas encore accompli assez pour que le mariage fût suffisamment public.

Et non-seulement la loi n'attache pas la nullité à l'inobservation de telle ou telle des règles concourant à la publicité, mais, au contraire, en sens inverse, son texte ou son esprit nous dit qu'il est deux de ces règles dont la violation ne suffira jamais, par elle seule, pour faire annuler le mariage : c'est 1° le défaut de publications, pour lequel un article formel prononce seulement une amende; 2° la célébration hors de la maison commune, que notre législation autorise, en ne prohibant pas les mariages contractés au lit de mort (art. 191-193).

Il est pourtant un cas, celui de mariages contractés à l'étranger par

des Français, où le Code prononce la nullité pour la seule inobservation de telle formalité par lui déterminée. Alors, en effet, les tribunaux peuvent annuler le mariage, soit pour le seul défaut de publications en France, soit même pour le défaut de réquisitions du conseil qu'un époux majeur doit demander à ces ascendants, tandis que ce défaut de conseil n'est jamais une cause de nullité pour les mariages contractés en France, ainsi qu'on va le voir par la section III (art. 170).

XXI. — Dans tous les cas, la nullité pour défaut de publicité matérielle ou civile se couvre par la possession d'état, c'est-à-dire par la publicité que le mariage acquiert postérieurement à sa célébration, et qui attribue aux conjoints, aux yeux de tous, la qualité d'époux légitimes. Ce sera encore aux tribunaux à décider, en fait, s'il y a publicité suffisante pour couvrir la clandestinité primitive de l'union (art. 191).

SECTION III

CONDITIONS DONT L'INACCOMPLISSEMENT NE FAIT OBSTACLE NI A L'EXISTENCE NI A LA VALIDITÉ DU MARIAGE, OU EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.

XXII. — Il est un grand nombre de conditions dont l'inobservation ne nuit ni à l'existence, ni même à la validité du mariage, mais qui sont cependant rigoureusement exigées par la loi, de telle sorte qu'en l'absence d'une seule, l'officier public ne doit pas procéder à la célébration. L'absence de ces conditions constitue donc des empêchements non plus dirimants, mais *prohibitifs* seulement.

Quatre de ces conditions, et par là même quatre empêchements prohibitifs ont été indiqués dans la section précédente; il nous faut dire ici un mot de chacun en particulier.

XXIII. — 1° L'existence d'un premier mariage annulable, ou dont le conjoint est absent, fait obstacle à la célébration d'un mariage nouveau, lequel reste défendu jusqu'à la déclaration de nullité du premier mariage ou la certitude acquise de la mort du conjoint absent.

XXIV. — 2° Les majeurs ayant encore des ascendants en état de manifester leur volonté ne peuvent se marier, à quelque âge que ce soit, qu'après avoir requis le *conseil* de leurs ascendants. La réquisition doit se faire, par les fils de vingt-cinq à trente ans et par les filles de vingt et un à vingt-cinq ans, au moyen de trois actes respectueux signifiés successivement à un mois d'intervalle; après trente ans pour les fils et vingt-cinq ans pour les filles, un seul acte respectueux suffit. Le mariage n'est permis qu'un mois après la signification du dernier acte ou de l'acte unique. La signification se fait à la personne ou au domicile de l'ascendant, par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, et l'ordre à suivre entre les ascendants de différents degrés, pour cette réquisition du conseil, est celui que nous avons indiqué pour l'obtention du consentement (art. 151-155).

L'officier public qui procède au mariage d'un majeur, sans que cette réquisition de conseil ait été faite, est passible d'un emprisonnement

d'un mois à un an, et d'une amende de 16 à 300 francs (art. 157).

XXV. — 3° Le mineur qui, ayant encore ses père et mère, obtiendrait pour son mariage le consentement du premier, ou qui n'ayant plus que ses ascendants supérieurs, obtiendrait le consentement d'une des deux lignes, ou dans une seule ligne le consentement d'une des deux branches, n'aurait pas d'annulation à craindre pour le mariage qui se trouverait célébré avec ce seul consentement, et sans *consultation* de la mère, de la seconde ligne ou de la seconde branche; mais pourtant cette consultation est exigée, et, à son défaut, l'officier ne doit pas célébrer le mariage (art. 148 et 150).

XXVI. — 4° Le mariage ne peut être célébré qu'après deux publications faites à deux dimanches consécutifs. Un acte en doit être dressé sur un registre, tenu simple, coté et parafé par le président du tribunal, et un extrait de cet acte doit être et rester affiché à la porte de la maison commune dans l'intervalle de l'un à l'autre dimanche. Le mariage n'est possible que le troisième jour après le second dimanche, et il ne peut être célébré sans publications nouvelles, que pendant une année. Pour des causes graves, la dispense d'une des deux publications peut être accordée directement par le procureur de la République (art. 63-65, 166 et 169).

Ces publications doivent avoir lieu, pour chacune des parties, 1° au lieu où elle a son domicile de mariage; 2° au lieu où elle a son domicile réel ordinaire, s'il est distinct du premier; 3° au domicile des ascendants ou de la famille dont cette partie doit obtenir le consentement ou demander le conseil (art. 167 et 168).

La contravention à quelqu'une de ces règles donne lieu, contre l'officier public, à une amende de 16 à 300 francs; et contre les parties ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, à une amende proportionnée à leur fortune (art. 192).

XXVII. — La publicité, nécessaire avant le mariage et pour en notifier le projet, est nécessaire aussi au moment de sa célébration.

Le mariage doit être célébré dans la maison commune du domicile d'une des parties, en présence de quatre témoins mâles et âgés de vingt et un ans; l'officier public donne lecture des actes authentiques du consentement des ascendants ou de la famille (quand ce consentement n'est pas donné en personne); de l'acte de naissance de chaque époux, ou, à son défaut, de l'acte de notoriété signé du juge de paix et de sept témoins, et homologué par le tribunal; puis du chapitre de notre titre relatif aux *droits et devoirs respectifs des époux*. Il reçoit ensuite des deux époux la déclaration qu'ils se prennent pour mari et femme, et prononce qu'ils sont unis par le mariage (art. 75).

Or, si ces deux dernières conditions (la déclaration des parties et le prononcé de leur union) sont nécessaires à l'existence du mariage, ainsi qu'on l'a vu à la section I, il n'en est pas de même des autres. Leur absence ne nuit ni à l'existence, ni même à la validité du mariage, pourvu que les tribunaux décident en fait qu'il reste une publicité suf-

fisante; elles donnent seulement lieu alors à l'amende qui vient d'être indiquée pour le défaut de publication (art. 193).

XXVIII. — Mais ces quatre empêchements prohibitifs ne sont pas les seuls. Ainsi, le mariage est défendu, sans cependant pouvoir être annulé après sa célébration :

5° Entre l'adoptant et l'adopté, entre l'adoptant et le conjoint ou les enfants de l'adopté; entre l'adopté et le conjoint ou les enfants, même adoptifs, de l'adoptant;

6° A la femme, pendant les dix mois qui suivent la dissolution ou l'annulation d'un mariage précédent;

7° Entre l'époux contre lequel le divorce aurait été prononcé pour adultère, et son complice;

8° Au prêtre catholique qui a été ordonné, ou qui a continué ou repris l'exercice de son ministère, depuis la loi du 18 germinal an 10;

9° Aux officiers, sous-officiers et soldats des armées de terre et de mer, sans la permission par écrit du ministre de la guerre ou de la marine, pour les officiers; et du conseil d'administration du corps, pour les sous-officiers et soldats;

10° Enfin, à celui contre le mariage duquel existe une opposition régulière (*Append.* au chap. Ier et art. 68).

SECTION IV

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

XXIX. — Le droit, accordé par la loi à certaines personnes, de former opposition à un mariage, a ordinairement pour but de faire connaître les causes d'empêchements qui existent à ce mariage; mais quelquefois aussi, il est offert aux ascendants comme un moyen de faire manquer en fait, ou du moins d'entraver une union qu'ils jugent inconvenante, mais à laquelle cependant il n'existe aucune prohibition légale.

Dans tous les cas, et soit qu'il existe ou non une cause légale d'empêchement, l'opposition, dès-là qu'elle est régulière, devient un empêchement par elle-même, et le mariage ne peut être célébré tant qu'elle n'est pas levée. L'officier qui y procéderait serait passible d'une amende de 300 francs (art. 68).

XXX. — Les personnes auxquelles la loi permet de former opposition au mariage d'un futur époux sont : 1° ses ascendants : non pas tous concurremment, mais chacun dans l'ordre où il est appelé à donner son consentement ou son conseil; 2° à défaut d'ascendants, les frères, sœurs, oncles, tantes, cousins ou cousines germains, majeurs; 3° toujours à défaut d'ascendants, le tuteur ou le curateur, autorisé par le conseil de famille; 4° l'époux actuel de celui qui voudrait contracter une nouvelle union; 5° enfin, le ministère public (art. 172-175).

L'époux et les ascendants peuvent former opposition absolument et

en toute circonstance : le premier, parce que sa seule qualité est la preuve d'un empêchement dirimant ; les autres, parce qu'en l'absence d'une cause légale de prohibition, la loi leur suppose des motifs raisonnables de faire manquer le mariage. Du reste, si les futurs époux ne reculent pas devant un procès en mainlevée, l'opposition d'un ascendant non fondée sur une cause légale d'empêchement ne pourra pas définitivement être maintenue (art. 173).

Les parents collatéraux et les tuteur ou curateur, qui ne peuvent former opposition que quand il n'y aura plus un seul ascendant en état de manifester sa volonté, ne le peuvent en outre que pour l'une de ces deux causes : 1° défaut de consentement du conseil de famille ; 2° état de démence du futur époux. Dans ce dernier cas, l'opposition ne peut être maintenue par le tribunal que sous la condition, pour l'opposant, de provoquer l'interdiction dans le délai que le tribunal déterminera (art. 174).

Le ministère public ne peut former opposition que quand il existe un empêchement dirimant, et aussi pour l'état de prêtre du futur époux. Pour les autres empêchements prohibitifs, il peut seulement intimer à l'officier de l'état civil une simple défense de procéder au mariage (art. 175).

XXXI. — Tout acte d'opposition doit énoncer la qualité qui donne droit de la former ; il doit être signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant ou son fondé de procuration spéciale et authentique ; il doit enfin, quand il n'a pas lieu à la requête d'un ascendant, indiquer le motif de l'opposition (art. 66 et 176).

L'acte doit être signifié à l'officier de l'une des communes où se font les publications, et au futur époux ; et pour que ce dernier ne soit pas contraint d'aller plaider en mainlevée devant un tribunal éloigné, l'exploit doit contenir, de la part de l'opposant, élection de domicile dans la commune où ce futur époux a son domicile de mariage, c'est-à-dire sa résidence. Les règles qui viennent d'être indiquées dans ce n° XXXI sont exigées sous peine de nullité de l'opposition et d'interdiction de l'huissier qui a signé l'acte (*ibid.*).

Cet huissier, du reste, alors même qu'il serait évident que la qualité sur laquelle l'opposant fonde son droit et le motif qu'il donne de l'opposition n'ont rien de légal, ne pourrait refuser son ministère : mandataire forcé, il doit être un instrument passif dans la main de son mandant. Il en est autrement de l'officier de l'état civil, qui devrait, dans ce même cas, ne tenir aucun compte de l'opposition. Mais cet officier devra respecter l'opposition, dès qu'il y aura doute sur la légalité de la qualité et du motif indiqués dans l'acte (art. 176).

XXXII. — L'officier d'état civil qui reçoit une copie régulière d'opposition en fait mention sur le registre des publications ; et c'est en marge de cette mention qu'il mettra plus tard celle des jugements ou des actes de mainlevée qui lui seraient remis (art. 67).

Le tribunal de première instance ou d'appel, saisi d'une question de mainlevée, devra statuer, au moins préparatoirement, dans les dix

jours. L'appel du jugement qui a levé l'opposition suspendra son exécution ; mais il en sera autrement du pourvoi en cassation contre l'arrêt qui aurait également donné mainlevée; en sorte que, malgré ce pourvoi, la célébration ne pourra être refusée. Mais si l'arrêt était cassé, le mariage se trouverait nul, par suite; et si l'arrêt définitif levait encore l'opposition, il faudrait une célébration nouvelle (art. 177 et 178).

Quand l'opposition sera rejetée, les dépens, en règle générale, seront à la charge des opposants ; mais quand ceux-ci seront des ascendants ou des frères et sœurs, ces dépens pourront être compensés. Quant à des dommages-intérêts, on n'en pourra jamais obtenir contre des ascendants ; le tribunal sera libre d'en prononcer contre tous autres (art. 179).

L'officier civil du domicile d'une des parties ne peut procéder au mariage qu'autant qu'il n'a pas actuellement d'opposition entre les mains, et qu'on lui remet un certificat de chacun des officiers dans la commune desquels les publications ont été faites, constatant qu'il n'existe pas d'opposition entre les mains de ceux-ci (art. 69).

CHAPITRE II

DE LA PREUVE DU MARIAGE.

XXXIII. — Pour établir que l'union de deux personnes constitue vraiment un mariage légitime, il ne suffit pas de prouver qu'une célébration régulière a eu lieu; car, malgré cette célébration, le mariage pourrait bien ne pas exister, vu l'absence d'une des deux autres conditions essentielles, ou bien encore le mariage pourrait être entaché de nullité, vu l'existence de quelque empêchement dirimant.

Rigoureusement, donc, pour établir qu'un homme et une femme sont époux légitimes, il faudrait prouver : 1° qu'une célébration de mariage a eu lieu entre eux; 2° qu'ils étaient réellement capables de consentir ; 3° enfin qu'il n'existait aucun empêchement dirimant à leur mariage. Mais s'il est rationnel de demander la première de ces trois preuves, il serait absurde d'exiger les deux autres; car il serait souvent impossible de les administrer. Je ne puis pas prouver, par exemple, que, quand je me suis marié, je n'étais pas mort civilement, ou que je n'étais pas déjà dans les liens d'un premier mariage.

Ainsi, tout ce qu'on peut me demander, à moi, c'est de prouver le fait de la célébration; puis ce sera à celui qui prétendra qu'il existait un obstacle à la formation légale du mariage ou à sa validité, de prouver la réalité de cet obstacle. C'est-à-dire que la preuve par moi faite de la célébration de mon union fera présumer, jusqu'à la preuve du contraire, l'existence légale et la validité de cette union. Telle est, en effet, la théorie de la loi, qui n'impose à ceux qui réclament les effets civils d'un mariage d'autre preuve à faire que celle de la célébration.

Du reste, la loi laisse sous l'empire du droit commun les moyens de preuve par lesquels on pourra soutenir ou combattre l'allégation de causes empêchant l'existence ou la validité de l'union; en sorte que, dans ce débat, la preuve par témoins sera admise comme toute autre. Mais il n'en est pas de même pour la preuve à faire de la célébration de l'union; le Code, pour cet objet, trace des règles spéciales, et c'est l'ensemble de ces règles que nous avons à présenter ici.

XXXIV. — Pour procurer un moyen régulier de prouver le fait d'une célébration de mariage, la loi exige qu'au moment même de cette célébration, il soit dressé par l'officier public, sur les registres de l'état civil, un acte présentant : la désignation des époux, de leurs pères et mères et des témoins; la mention de l'accomplissement des règles prescrites sur les consentements à obtenir, sur les actes respectueux à faire, sur les publications, sur les oppositions et leur mainlevée, puis sur les solennités de la célébration, notamment la déclaration réciproque des époux et le prononcé de l'union par l'officier (art. 76).

C'est uniquement par la représentation de cet acte que la célébration peut se prouver, en règle générale; mais cette règle souffre exception dans certaines circonstances.

XXXV. — Les moyens de preuves autorisés par la loi sont différents, selon que la célébration est invoquée par des enfants du prétendu mariage, ou par tous autres intéressés. Quand il s'agit des prétendus époux ou intéressés autres que des enfants, il existe, selon les cas, trois moyens de preuves : un ordinaire, deux extraordinaires et exceptionnels. Les enfants, outre ces trois moyens, en ont un quatrième qui leur est exclusivement propre.

1° Les prétendus époux (et, comme eux, leurs représentants et ayants cause) ne peuvent, dans les cas ordinaires, prouver la célébration de leur union que par la présentation de l'acte régulièrement inscrit sur les registres. Il ne suffirait jamais d'invoquer une possession d'état qu'il est trop facile de se procurer à soi-même (art. 194, 195). Cependant cette possession d'état produirait un effet contre ces époux : ce serait de valider un acte irrégulier de célébration. Cet acte, si informe qu'il fût, deviendrait inattaquable par eux, au moyen de cet état conforme. Mais la nullité de cet acte pourrait toujours être invoquée contre eux par des tiers (art. 196).

2° Quand des circonstances matérielles font soupçonner qu'au moment de la célébration alléguée il n'a pas été tenu de registres, ou que leur tenue a été interrompue, ou que les registres ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, il est permis de prouver par témoins, d'abord la réalité de ce fait déjà vraisemblable, puis ensuite le fait de la célébration (art. 46 et 194).

3° Lorsqu'un acte de mariage a été mis hors d'état de servir par un crime ou un délit (ne fût-ce, par exemple, que par la faute de l'officier public qui aurait dressé l'acte sur une feuille volante, au lieu de le dresser sur les registres), et que, par le résultat de la procédure crimi-

nelle ou correctionnelle, la preuve de la célébration se trouve acquise, les époux, sans même avoir besoin de s'être portés parties civiles au procès, peuvent remplacer leur acte de célébration par l'inscription du jugement sur les registres (art. 198). Si l'action, au lieu d'être intentée criminellement contre le coupable, s'intente au tribunal civil contre les personnes civilement responsables de son délit, par exemple, ses héritiers, les époux ne peuvent plus agir eux-mêmes; ils doivent faire agir le procureur de la République (art. 200). Après la mort des époux ou de l'un d'eux, les mêmes droits appartiennent à leurs représentants et aux représentants de celui des deux qui est mort (art. 199).

4° Quand ce sont des enfants du mariage qui invoquent la célébration comme un des éléments de la preuve de leur légitimité, la loi fait fléchir en leur faveur la règle ordinaire. L'enfant est alors dispensé de rapporter l'acte de célébration sous ces quatre conditions : 1° que ses deux auteurs soient morts ou dans l'impossibité physique de lui procurer des renseignements; 2° qu'il jouisse de la possession d'état d'enfant légitime; 3° que ces deux auteurs aient ou aient eu pendant leur vie, la possession d'état d'époux; 4° enfin, que sa possession d'état ne soit pas démentie par son acte de naissance. Comprenons bien, du reste, le sens de cette exception. La loi alors dispense l'enfant de prouver la célébration et veut bien la présumer; mais voilà tout, et les adversaires de cet enfant pourraient fort bien prouver, eux, s'ils en avaient quelques moyens, que cette célébration prétendue n'a jamais eu lieu (art. 197).

CHAPITRE III

DES EFFETS DU MARIAGE.

XXXVI. — *Du mariage valable et du mariage putatif.* Avant de voir quels effets la loi attache au mariage, il faut dire à quelles unions sont attachés les effets légaux; car il serait assez naturel de croire que le mariage valable est le seul qui le produise, et ce serait cependant une erreur.

Et d'abord, il est clair que le mariage annulable, tant qu'il ne sera pas annulé, produira tous les effets que produirait un mariage valable: car tous deux sont sur la même ligne, tous deux sont de vrais mariages, tant que la cassation judiciaire ne vient pas faire disparaître le premier. Bien plus, le mariage nul lui-même, tant que sa non-existence ne sera pas judiciairement constatée et qu'il passera pour un vrai mariage aux yeux de tous, produira, en fait, tous les effets ordinaires d'un mariage légitime. Mais une fois l'annulation du premier prononcée et la nullité du second proclamée, l'un et l'autre seront dépouillés de tous effets, même pour le passé. C'est évident pour le second, puisque la constatation de sa nullité fait voir qu'il n'a jamais eu de réalité. C'est également incontestable pour le premier, puisque son annulation le fait re-

garder, en droit, non pas seulement comme n'existant plus pour l'avenir, mais même comme n'ayant jamais existé dans le passé.

Toutefois, le mariage annulable et le mariage nul ne perdent ainsi les effets qu'ils ont produits dans le passé qu'autant qu'ils ont été contractés de mauvaise foi par les deux parties; c'est-à-dire avec la connaissance qu'avaient ces parties de l'obstacle qui existait à la légitimité du mariage. En effet (et c'est là une règle de la plus haute importance), l'union qui devient nulle ou qui est déclarée nulle, produit néanmoins tous les effets civils du mariage légitime, dès-là qu'il y a eu, au moment de la célébration, bonne foi des deux époux ou de l'un d'eux, quand même cette bonne foi aurait cessé depuis. Cette union se nomme *mariage putatif*. Bien entendu, quand un seul époux est de bonne foi, les effets civils n'ont pas lieu pour l'époux de mauvaise foi, ni pour ses représentants. On comprend du reste aussi que le mariage putatif ne produit pas d'effets postérieurement à la déclaration de nullité, mais seulement dans l'intervalle de la célébration à cette déclaration. Mais ces effets, que la loi lui accorde ainsi par faveur, il les conserve ensuite à toujours; en sorte qu'il est absolument sur la même ligne qu'un mariage valable dont la dissolution arriverait au moment où a eu lieu la déclaration de nullité (art. 201 et 202).

Du reste, la bonne foi se présume toujours, quand il s'agit d'une erreur de fait. Elle a, au contraire, besoin d'être positivement prouvée quand il s'agit d'une erreur de droit; parce que tous sont présumés connaître la loi (*ibid.*).

Ainsi donc, à côté des mariages valables par les principes mêmes, il y a des mariages valables par faveur; les effets légaux sont attribués aux uns comme aux autres. Maintenant, quels sont ces effets?

XXXVII. — Notre titre est loin de présenter le tableau complet des effets civils du mariage; ils sont expliqués divisément dans les titres *de la Paternité, de la Puissance paternelle, de la Tutelle, des Successions, du Contrat de mariage* et d'autres encore. La loi se contente ici d'indiquer les droits et devoirs respectifs des époux et quelques-unes seulement des obligations qui naissent des époux à d'autres personnes, ou réciproquement.

XXXVIII. — *Devoirs respectifs des époux*. Les époux se doivent réciproquement la fidélité conjugale, des secours pécuniaires et les bons soins personnels qu'ils sont en état de se procurer (art. 212).

Le mari doit protection à sa femme, et par suite il est obligé de la recevoir et de l'entretenir selon ses facultés et son état. La femme doit soumission à son mari, et, par conséquent, elle est tenue d'aller habiter avec lui partout où il juge à propos de résider. Ce devoir d'habitation souffre exception dans trois cas : 1° si le mari ne remplit pas l'obligation corrélative de recevoir et entretenir la femme convenablement; 2° s'il veut, sans nécessité, mener une vie toujours errante; 3° s'il veut sortir de France, contrairement à la défense formelle d'une loi politique. Ce devoir disparaît complétement dans le cas de séparation de corps (art. 213 et 214).

XXXIX. — *De l'autorisation maritale et de l'incapacité de la femme.* De la soumission que l'épouse doit au mari et de la confiance qui la fait s'endormir, pour ainsi parler, sous la protection qu'elle attend de lui, naît pour la femme mariée la défense de procéder, en général, sans autorisation, aux différents actes de la vie civile. L'autorisation maritale est donc, tout à la fois, une question de respect pour le mari, et d'incapacité personnelle (art. 224).

Ainsi, la femme ne peut ni aliéner, ni, par conséquent, s'obliger, ni même acquérir sans le consentement de son mari, dûment constaté et spécial pour chaque acte. Il y a exception : 1° quand elle est autorisée à faire le commerce, pour tout ce qui concerne ce commerce; 2° quant à l'administration de ses biens, lorsque le mari lui a donné autorisation générale, soit par le contrat de mariage, soit postérieurement (art. 217 et 220).

La femme ne peut jamais, même en vertu d'une autorisation générale ou quand elle est marchande publique autorisée, procéder en justice sans le consentement du mari, excepté quand elle est poursuivie pour crime, délit ou contravention (art. 215 et 216).

Du reste, soit pour contracter, soit pour plaider, une autorisation tacite, suffisante, résulte toujours du concours du mari dans l'acte ou dans la procédure (art. 217).

Quand le mari refuse d'autoriser sa femme, ou quand il est absent, interdit ou mineur, la femme peut être autorisée par le tribunal, soit pour plaider, soit pour contracter. Le tribunal pourrait aussi, en cas d'absence, d'interdiction ou de minorité du mari, autoriser la femme à faire le commerce; mais il ne le pourrait par sur le refus du mari. Au reste, quand la femme est mariée en communauté, les obligations qu'elle contracte avec l'autorisation du mari réfléchissent sur la communauté et, par suite, sur le mari lui-même; mais il en est autrement quand elle n'est autorisée que par la justice (art. 218, 219, 221, 222, 224).

L'autorisation du mari suffit à la femme, aussi bien quand c'est avec lui qu'elle doit plaider ou contracter que dans d'autres cas. En effet, quand c'est le mari qui est l'adversaire de la femme, celle-ci n'a plus de protection à attendre et se trouve, dès lors, sous le rapport de la capacité, dans la position d'une femme non mariée. L'autorisation, dans ce cas, n'est donc plus qu'une question de respect, et par conséquent, rien ne s'oppose à ce que le mari la donne, même dans son propre intérêt (*ibid.*).

Quand la femme est mineure, son mari se trouve être son curateur légal. Mais, si le mari refuse son autorisation ou s'il est lui-même mineur, interdit ou absent, l'autorisation du tribunal ne suffit plus; car elle ne satisfait qu'au devoir de soumission de la femme. Il faut de plus, alors, un tuteur *ad hoc,* à cause de l'incapacité pour minorité. Dans ce même cas de femme mineure, l'autorisation du mari ne lui suffit plus, si c'est avec lui qu'elle contracte. En effet, la circonstance que la femme a le mari pour adversaire, et qu'elle ne peut plus, dès lors,

attendre sa protection, ne l'empêche pas de rester incapable comme mineure; c'est donc le cas d'appliquer au mari la règle : *nemo potest auctor esse in rem suam* (art. 224).

XL. — L'acte consenti par la femme sans autorisation n'est pas nul, mais annulable seulement. L'action en nullité fondé sur le mépris de l'autorité maritale, et sans aucune question d'intérêt pécuniaire, n'appartient qu'au mari et ne peut être exercée par lui que pendant le mariage. En tant qu'elle se fonde sur l'intérêt pécuniaire de celui qui agit, l'action appartient au mari, à la femme et à leurs héritiers, créanciers ou autres représentants; elle peut alors s'intenter tant qu'il n'y a pas prescription, et la prescription ne s'accomplit que par dix ans, à partir de la dissolution du mariage (art. 225).

Le contrat passé par la femme sans autorisation n'étant qu'annulable peut donc être ratifié postérieurement. La ratification donnée par le mari pendant le mariage couvre le vice complétement et absolument; celle qu'il donnerait après la dissolution ne le couvrirait que vis-à-vis de lui et de ses représentants. Celle que la femme consentirait pendant le mariage sans autorisation ne produirait aucun effet; si la femme était autorisée par la justice, l'autorisation couvrirait la nullité vis-à-vis de la femme et de ses représentants; celle enfin qu'elle donnerait après la dissolution du mariage ne serait également efficace que pour elle et ses représentants, et non pour les représentants du mari (art. 225).

Nous arrivons enfin aux obligations que la loi établit entre les époux, d'une part, et d'autres personnes. Ces obligations se réduisent à deux : 1° le devoir d'éducation des enfants; 2° la dette d'aliments entre parents légitimes et alliés en ligne directe.

XLI. — *Du devoir d'éducation.* Le devoir d'éducation, qui consiste dans l'obligation de procurer à l'enfant tous les secours et tous les soins dont il a besoin jusqu'à ce qu'il soit devenu homme, commence alors que cet enfant est encore dans le sein de sa mère et ne cesse que quand il est suffisamment élevé. Ce devoir n'est imposé formellement qu'aux père et mère; et ce n'est qu'à défaut de tous deux, et d'après l'esprit seulement de la loi, qu'il incombe aux ascendants supérieurs (art. 203).

Du reste, quoique l'obligation pour les père et mère d'établir convenablement leurs enfants ne soit que le complément et une partie du devoir d'éducation, la loi cependant n'accorde pas aux enfants d'action en justice pour exiger un établissement (art. 204).

XLII. — *De la dette alimentaire.* Les aliments sont dus par chacun à ses ascendants, à ses descendants, aux ascendants de son conjoint et aux conjoints de ses descendants; réciproquement, il peut en exiger de ces mêmes personnes (art. 205-207).

Tous ceux qui peuvent devoir des aliments à une personne, ne sont pas appelés à les lui fournir concurremment et sans distinction; il y a un ordre à suivre, et tel ne sera tenu de la dette qu'à défaut de tel autre, c'est-à-dire quand celui-ci est hors d'état de l'acquitter ou ne

peut l'acquitter qu'en partie. Pour régler cet ordre, on part de ce principe que là où seraient les avantages, si la prospérité renaissait, là doivent être les charges dans l'adversité. En conséquence, 1° tous les parents passent avant aucun allié; 2° pour les parents entre eux, on suit les règles consacrées par la loi pour la délation des successions; 3° enfin, on applique ces mêmes règles à l'alliance, qui n'est qu'une imitation de la parenté (art. 207).

Les *aliments* comprennent tout ce qui est nécessaire à la vie tant en état de maladie qu'en état de santé, et ils doivent se fournir en argent. Le chiffre de la pension alimentaire se fixe toujours d'après le besoin actuel de celui qui la demande et les facultés actuelles de celui qui la doit. Si, donc, de deux débiteurs du même rang, par exemple, deux frères, l'un est moitié plus riche que l'autre, on devra mettre à sa charge les deux tiers de la pension et un tiers seulement à la charge du second. Que si, postérieurement aux arrangements primitifs, il survient des changements dans le besoin du créancier, ou dans les facultés des débiteurs ou de l'un des débiteurs, il y aura lieu à modifier soit la proportion des parts des débiteurs, soit aussi le chiffre même de la pension. Ces règles disent assez que la dette alimentaire ne saurait être ni indivisible ni solidaire (art. 207-211).

Le principe que les aliments doivent être fournis en argent, ne souffre jamais exception de plein droit; mais les tribunaux sont autorisés à y déroger dans deux cas : 1° quand ce sont les père et mère ou l'un d'eux qui offrent de recevoir un enfant chez eux; 2° quand d'autres que les père et mère prouvent qu'il leur est impossible de payer la dette en argent. Sous l'une de ces deux conditions, les juges ont la faculté, mais ne sont jamais contraints de remplacer la pension pécuniaire par la prestation des aliments en nature (art. 210 et 211).

Le droit aux aliments ne peut jamais se transmettre aux représentants du créancier; il est personnel à celui-ci. La dette, au contraire, se continue contre les héritiers du débiteur, dès-là qu'elle est née avant sa mort et qu'elle a existé en sa personne (art. 207).

CHAPITRE IV

DES CAUSES DE DISSOLUTION DU MARIAGE.

XLIII. — Le mariage ne se dissout aujourd'hui que par deux causes: la mort naturelle et la mort civile de l'un des époux (art. 227).

Il est évident que dans le cas de mort civile, c'est au moment où cette mort civile vient frapper l'époux que la dissolution a lieu (*ibid.*) (1).

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

TITRE VI

(DU DIVORCE ET) DE LA SÉPARATION DE CORPS.

(Décrété le 21 mars 1803. — Promulgué le 31.)

758. Ce titre, divisé en cinq chapitres, ne s'occupe de la séparation de corps que dans le dernier, contenant six articles seulement. Les quatre autres chapitres, comprenant soixante-dix-sept articles, sont relatifs au divorce, lequel, ainsi que nous l'avons déjà dit, a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

Comme le Code, en traitant si laconiquement de la séparation de corps, se référait expressément à plusieurs articles du divorce et entendait certainement se référer aussi à d'autres qu'il n'indiquait pas formellement, nous présenterons en texte ordinaire ceux des articles du divorce qui s'appliquent à la séparation de corps et ceux aussi sur l'application desquels il y a question. Quant à ceux que la loi de 1816 rend évidemment sans application, nous les indiquerons cependant, pour ne pas tronquer le texte du Code; mais ils seront imprimés en petit caractère.

CHAPITRE PREMIER

DES CAUSES DU DIVORCE (ET DE LA SÉPARATION DE CORPS).

229. — Le mari pourra demander le divorce (et la séparation de corps) pour cause d'adultère de sa femme.

230. — La femme pourra demander le divorce (et la séparation de corps) pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.

231. — Les époux pourront réciproquement demander le divorce (et la séparation de corps) pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre.

232. — La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce (et de séparation de corps).

233. — Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

CHAPITRE II

DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

SECTION PREMIÈRE

DES FORMES DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

234. — Quelle que soit la nature des faits ou des délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, cette demande ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile.

235. — Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la Cour d'assises; alors elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur.

236. — Toute demande en divorce détaillera les faits; elle sera remise, avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui en fera les fonctions, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie; auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat se transportera au domicile du demandeur pour y recevoir sa demande.

237. — Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables, parafera la demande et les pièces et dressera procès-verbal de la remise du tout entre ses mains. Ce procès-verbal sera signé par le juge et le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer; auquel cas, il en sera fait mention.

238. — Le juge ordonnera, au bas de son procès-verbal, que les parties comparaîtront en personne devant lui, au jour et à l'heure qu'il indiquera, et qu'à cet effet, copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé.

239. — Au jour indiqué, le juge fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement : s'il ne peut y parvenir, il en dressera procès-verbal et ordonnera la communication de la demande et des pièces au ministère public, et le référé du tout au tribunal.

240. — Dans les trois jours qui suivront, le tribunal, sur le rapport du président ou du juge qui en aura fait les fonctions, et sur les conclusions du ministère public, accordera ou suspendra la permission de citer. La suspension ne pourra excéder le terme de vingt jours.

241. — Le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, fera citer le défendeur, dans la forme ordinaire, à comparaître en personne à l'audience, à huis clos, dans le délai de la loi; il fera donner copie, en tête de la citation, de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui.

242. — A l'échéance du délai, soit que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur en personne, assisté d'un conseil, s'il le juge à propos, exposera ou fera exposer les motifs de sa demande; il représentera les pièces qui l'appuient et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre.

243. — Si le défendeur comparaît en personne ou par un fondé de pouvoir, il pourra proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. Le défendeur nommera, de son côté, les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels le demandeur fera réciproquement ses observations.

244. — Il sera dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire; lecture de ce procès-verbal sera donnée auxdites parties, qui seront requises de signer, et il sera fait mention expresse de leur signature ou de leur déclaration de ne pouvoir ou ne vouloir signer.

245. — Le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il fixera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public et commettra un rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait pas comparu, le demandeur sera tenu de lui faire signifier l'ordonnance du tribunal, dans le délai qu'elle aura déterminé.

246. — Au jour et à l'heure indiqués, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée; dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fin de non-recevoir, la demande en divorce sera admise.

247. — Immédiatement après l'admission de la demande en divorce, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera au fond. Il fera droit à la demande, si elle lui paraît en état d'être jugée; sinon, il admettra le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire.

248. — A chaque acte de la cause, les parties pourront, après le rapport du juge et avant que le ministère public ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir, ensuite sur le fond; mais, en aucun cas, le conseil du demandeur ne sera admis, si le demandeur n'est pas comparant en personne.

249. — Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues.

250. — Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le tribunal statuera sur ces reproches, après avoir entendu le ministère public.

251. — Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques.

252. — Tout jugement qui admettra une preuve testimoniale, dénommera les témoins qui seront entendus et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter.

253. — Les dépositions des témoins seront reçues par le tribunal séant à huis clos, en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté.

254. — Les parties, par elles ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions.

255. — Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquelles elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties : les uns et les autres seront requis de le signer; et il sera fait mention de leur signature ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer.

256. — Après la clôture des deux enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renverra les parties à l'audience publique, dont il indiquera le jour et l'heure; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public et commettra un rapporteur. Cette ordonnance sera signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé.

257. — Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport sera fait par le juge commis : les parties pourront ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause; après quoi, le ministère public donnera ses conclusions.

258. — Le jugement définitif sera prononcé publiquement : lorsqu'il admettra le divorce, le demandeur sera autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer.

259. — Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos; et ils condamneront le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même les revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

260. — Après une année d'épreuve, si les parties ne sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui, pour lors, admettra le divorce.

261. — Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour d'assises, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

262. — En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif, rendu par le tribunal de première instance en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par la Cour d'appel comme affaire urgente.

263. — L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les trois mois, à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut. Le délai pour se pourvoir à la Cour de cassation contre un jugement en dernier ressort sera aussi de trois mois à compter de la signification. Le pourvoi sera suspensif.

264. — En vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce.

265. — Ces deux mois ne commenceront à courir, à l'égard des jugements de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel; à l'égard des arrêts rendus par défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition; et à l'égard des jugements contradictoires en dernier ressort, qu'après l'expiration du délai du pourvoi en cassation.

266. — L'époux demandeur qui aura laissé passer le délai de deux mois,

ci-dessus déterminé, sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, sera déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle, auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes.

SECTION II

DES MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

267. — L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants.

268. — La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera, s'il y a lieu, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

269. — La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites.

270. — La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

271. — Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme.

SECTION III

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

272. — L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce.

273. — Dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action; il pourra néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande.

274. — Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre.

CHAPITRE III

DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

275. — Le consentement mutuel des époux ne sera point admis, si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt et un ans.

276. — Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage.

277. — Il ne pourra plus l'être après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans.

278. — Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs pères et mères, ou par leurs autres ascendants vivants, suivant les règles prescrites par l'art. 150 au titre *du Mariage*.

279. — Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

280. — Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leur convention sur les trois points qui suivent :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves ;

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

281. — Les époux se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fera les fonctions, et lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de deux notaires amenés par eux.

282. — Le juge fera aux deux époux réunis et à chacun d'eux en particulier, en présence des deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il croira convenables; il leur donnera lecture du chapitre IV du présent titre, qui règle les *effets du Divorce* et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

283. — Si les deux époux persistent dans leur résolution, il sera donné acte par le juge de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement; et ils seront tenus de produire et de déposer à l'instant, entre les mains des notaires, outre les actes mentionnés aux art. 279 et 280 :

1° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage ;

2° Les actes de naissance ou de décès de tous les enfants nés de leur union ;

3° La déclaration authentique de leurs pères et mères ou autres ascendants vivants, portant que, pour les causes à eux connues, ils autorisent tel *ou* telle, leur fils *ou* fille, petit-fils *ou* petite-fille, marié *ou* mariée à tel *ou* telle, à demander le divorce et à y consentir. Les pères, mères, aïeuls et aïeules des époux seront présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès.

284. — Les notaires dresseront procès-verbal détaillé de tout ce qui aura été dit et fait en exécution des articles précédents; la minute en restera au plus âgé des deux notaires, ainsi que les pièces produites, qui demeureront annexées au procès-verbal, dans lequel il sera fait mention de l'avertissement qui sera donné à la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé.

285. — La déclaration ainsi faite sera renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, en observant les mêmes formalités. Les parties seront obligées à rapporter chaque fois la preuve, par actes publics, que leurs pères, mères ou autres ascendants vivants persistent dans leur première détermination; mais elles ne sont tenues à répéter la production d'aucun autre acte.

286. — Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, âgées de cinquante ans au moins, se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge qui en fera les fonctions : ils lui remettront les expéditions en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y auront été annexés, et requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce.

287. — Après que le juge et les assistants auront fait leurs observations aux époux, s'ils persévèrent, il leur sera donné acte de leur réquisition et de la remise par eux faite des pièces à l'appui : le greffier du tribunal dressera procès-verbal, qui sera signé tant par les parties (à moins qu'elles ne déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer, auquel cas il en sera fait mention), que par les quatre assistants, le juge et le greffier.

288. — Le juge mettra de suite, au bas de ce procès-verbal, son ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé du tout au tribunal en la chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du ministère public, auquel les pièces seront, à cet effet, communiquées par le greffier.

289. — Si le ministère public trouve dans les pièces la preuve que les deux époux étaient âgés, le mari de vingt-cinq ans, la femme de vingt et un ans, lorsqu'ils ont fait leur première déclaration; qu'à cette époque, ils étaient mariés depuis deux ans; que le mariage ne remontait pas à plus de vingt ans, que la femme avait moins de quarante-cinq ans; que le consentement mutuel a été exprimé quatre fois dans le cours de l'année, après les préalables ci-dessus prescrits et avec toutes les formalités requises par le présent chapitre, notamment avec l'autorisation des pères et mères des époux, ou avec celle de leurs autres ascendants vivants, en cas de prédécès des pères et mères, il donnera ses conclusions en ces termes : *La loi permet;* dans le cas contraire, ses conclusions seront en ces termes : *La loi empêche.*

290. — Le tribunal, sur le référé, ne pourra faire d'autres vérifications que celles indiquées par l'article précédent. S'il en résulte que, dans l'opinion du tribunal, les parties ont satisfait aux conditions et rempli les formalités déterminées par la loi, il admettra le divorce, et renverra les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer; dans le cas contraire, le tribunal déclarera qu'il n'y a lieu à admettre le divorce et déduira les motifs de la décision.

291. — L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce, ne sera recevable qu'autant qu'il sera interjeté par les deux parties, et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt, et au plus tard dans les vingt jours de la date du jugement de première instance.

292. — Les actes d'appel seront réciproquement signifiés tant à l'autre époux qu'au ministère public près le tribunal de première instance.

293. — Dans les dix jours, à compter de la signification qui lui aurait été faite du second acte d'appel, le ministère public près le tribunal de première

instance fera passer au procureur général près la Cour d'appel l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Le procureur général près la Cour d'appel donnera ses conclusions par écrit, dans les dix jours qui suivront la réception des pièces; le président ou le juge qui le suppléera, fera son rapport à la Cour d'appel, en la chambre du conseil, et il sera statué définitivement dans les dix jours qui suivront la remise des conclusions du procureur général.

294. — En vertu de l'arrêt qui permettra le divorce, et dans les vingt jours de sa date, les parties se présenteront ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non aveuu.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DU DIVORCE.

295. — Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir.

296. — Dans le cas de divorce prononcé pour cause déterminée, la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après le divorce prononcé.

297. — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce.

298. — Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. La femme adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.

299. — Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté.

300. — L'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu.

301. — Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

302. — Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille, ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

303. — Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

304. — La dissolution du mariage par le divorce admis en justice ne privera les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce.

305. — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage : les père et mère conserveront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère.

CHAPITRE V

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

306. — Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps.

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est que la séparation de corps. — Son rapport avec le divorce.
II. Elle peut être demandée pour trois causes: — 1° Adultère d'un des époux.
III. 2° Excès, sévices et injures graves.
IV. 3° Condamnation à une peine infamante. Il faut qu'elle soit postérieure au mariage. Erreur de M. Duranton; autre erreur de M. Demolombe.
V. La séparation n'a pas lieu par consentement mutuel. Conséquence.

I. — 759. La séparation de corps est l'état de deux époux qui, tout en conservant cette qualité, ne sont plus dans l'obligation ni dans le droit de vivre en commun. A la différence du divorce, qui brisait le lien du mariage, la séparation de corps le relâche seulement, et elle laisse subsister tous ses effets autres que ceux résultant de la vie commune.

Admise dans notre ancienne jurisprudence, la séparation de corps fut supprimée en 1792 par la loi des 20-25 septembre, qui lui substitua le divorce ; et lors de la discussion de notre titre au Conseil d'État, il fut d'abord question de ne pas la rétablir. Mais l'idée contraire l'emporta par la raison que la religion catholique n'admettant pas le divorce, et la majorité des Français professant cette religion, il fallait bien donner au plus grand nombre des citoyens le moyen de se séparer sans blesser leurs croyances. En 1816, le législateur est revenu à une morale plus sévère et a fait disparaître complétement le divorce, pour ne maintenir que la séparation de corps.

Puisque, dès 1804, la séparation de corps a été admise comme étant *le divorce des catholiques*, et que, depuis 1816, c'est le seul divorce permis pour tous, il s'ensuit évidemment que, d'après la pensée des législateurs de ces deux époques, c'est dans les dispositions du divorce proprement dit que l'on doit chercher le complément des règles si brièvement tracées pour ce divorce imparfait.

II. — 760. D'après les art. 229 à 232, auquel notre article nous renvoie, la séparation de corps peut être demandée pour trois causes : 1° l'adultère de l'un des époux (229 et 230) ; 2° ses excès, sévices ou injures graves contre son conjoint (231); 3° sa condamnation à une peine infamante (232). Quant au simple consentement des époux, quoiqu'il pût aussi, d'après l'art. 233, motiver une demande en divorce, il ne peut jamais être une cause de séparation de corps (art. 307).

1° L'adultère d'un des époux produit des effets bien différents selon qu'il est reproché au mari ou à la femme. Contre celle-ci, c'est l'adultère par lui seul, à cause de la gravité que lui donnent ses funestes conséquences, qui motive la séparation. Contre le mari, au contraire, l'adultère ne produit cet effet que par la réunion de trois circonstances.

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une *concubine*, c'est-à-dire d'une femme avec laquelle le mari a eu des relations continuées pendant assez longtemps; des rapports fugitifs, des actes isolés d'infidélité, avec une ou plusieurs femmes, ne suffiraient pas. Il faut en outre que ces relations, longues et habituelles, aient eu pour théâtre la *maison commune* des époux. Il faut enfin que ce soit le mari qui ait *tenu, entretenu,* gardé cette femme dans la maison, que ce soit par son autorité qu'elle y soit venue ou qu'elle y soit demeurée; les relations du mari avec une servante ou avec une parente ou amie de la femme, qui ne sont entrées et restées dans la maison que sous l'autorité et la surveillance de cette femme, ne représenteraient pas, à notre sens, et quoi que dise M. Demolombe (IV, 373), le cas prévu par la loi; on ne peut pas dire que c'est là une *concubine tenue* dans la maison *par le mari*, puisque c'est par la femme seule qu'elle y a été mise et gardée. Il en serait autrement si le mari avait interposé son autorité pour faire entrer ou garder cette femme malgré la volonté de l'épouse ; ou bien, si c'était par les conseils du mari que sa concubine fût venue se faire agréer comme servante ou à un autre titre par la femme.

Par maison commune il faut entendre, non pas seulement la maison où les deux époux habitent réellement, mais aussi la maison où la femme ne résiderait pas habituellement, si c'était cependant celle où le mari est obligé de la recevoir. Ainsi, quand le domicile des époux et la résidence du mari sont à Paris, dans une maison où la femme ne vient que par intervalles, parce qu'elle tient une boutique à Saint-Denis, il est clair que le fait par le mari d'installer une concubine dans sa demeure à Paris constitue bien l'injure sanglante que le Code demande. Aussi l'art. 339 du Code pénal, en reproduisant la même idée que notre art. 230, remplace l'expression *maison commune* par celle

de *maison conjugale,* qui nous paraît rendre mieux la pensée de la loi (1). Il est de même évident que la *maison* comprend ici, ni plus ni moins, ce qui est affecté au logement, l'ensemble des lieux où l'on est chez soi ; en sorte que ce sera, selon les cas, ou toute une maison avec ses dépendances ou seulement une partie de maison ou bien un seul appartement, à côté duquel l'appartement voisin ne serait plus la maison conjugale (voir Demolombe, IV, 371) (2).

Quant aux deux autres causes de séparation de corps, elles sont les mêmes pour le mari que pour la femme.

III. — 761. 2° Les excès, sévices ou injures graves d'un époux contre l'autre motivent contre lui la demande en séparation.

On entend par *excès* les actes de violence qui mettent en danger la vie ou au moins la santé de la personne. Les *sévices* sont les duretés, les mauvais traitements de tout genre qui, sans exposer à aucun danger physique, rendent cependant la vie commune insupportable. Quant à l'*injure,* elle se présente sous des formes trop diverses, et se comprend d'ailleurs trop clairement, pour que nous cherchions à caractériser les faits qui la constituent. Nous ferons seulement remarquer que l'adultère du mari, dépouillé des trois circonstances indiquées plus haut, et qui ne peut plus, dès lors, motiver la séparation en tant qu'adultère, pourrait, par ses circonstances, la motiver à titre d'injure grave.

Du reste, c'est aux tribunaux, bien entendu, à décider si les faits allégués revêtent vraiment le caractère d'excès ou de sévices, ou si l'injure est assez grave pour faire prononcer la séparation ; et il est inutile d'ajouter que les diverses circonstances de l'espèce, par exemple, la position sociale, l'éducation et les mœurs des époux devraient, en ce qui concerne les sévices et les injures, être prises en grande considération. Les procédés qui peuvent être indifférents à une femme de la classe ouvrière, deviendront souvent des sévices, des faits rendant la vie commune insupportable, pour l'épouse élevée d'une manière délicate et appartenant à la classe distinguée de la société. Un soufflet reçu par la première sera souvent insignifiant ; pour la seconde, au contraire, il pourrait constituer une très-grave injure (3).

---

(1) Douai, 24 juillet 1812 ; Cass., 21 déc. 1818 ; Rej., 27 janvier 1819 ; Agen, 27 janvier 1824 ; Bruxelles, 14 oct. 1830.

(2) L'adultère dont la femme se serait rendue coupable n'élève point une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps formée par elle pour cause d'entretien d'une concubine dans le domicile conjugal de la part du mari. Paris, 9 juin 1860 (Dev., 60, 2, 449; *J. Pal.*, 61, 394).

(3) *Comp.* Douai, 19 nov. 1846 ; Montpellier, 7 juin 1853 (Dev., 48, 2, 521; *J. Pal.*, 55, 1, 295); Douai, 10 avril 1872 (Dev., 72, 2, 231).

La plainte en adultère déposée par le mari n'est pas une cause de séparation lorsqu'elle a été dictée, non par un esprit de vengeance ou d'injure, mais par sa juste sollicitude du foyer conjugal, compromis par les apparences fâcheuses et les impudences constatées dans l'attitude de la femme. Paris, 13 juillet 1870 (Dev., 70, 2, 268).

Le fait par le mari de s'être abstenu volontairement et avec persistance de consommer le mariage, constitue envers la femme une injure grave de nature à faire prononcer la séparation de corps. Metz, 25 mai 1869 (Dev., 70, 2, 77); Bordeaux, 5 mai 1870 (Dev., 71, 2, 35). Voy. aussi Cass., 8 janvier 1872 (Dev., 72, 1, 66).

La jurisprudence décide, avec raison, que la communication, à la femme, de la maladie vénérienne n'est jamais par elle-même une injure grave motivant la séparation, mais qu'elle peut le devenir par les circonstances qui l'accompagnent (1).

IV. — 762. 3° La condamnation d'un époux à une peine infamante nous présente la troisième et dernière cause de séparation de corps.

Nous devons le dire, la loi, en portant cette règle, ou, si l'on veut, en organisant le système de peines auquel cette règle renvoie, s'est montrée bien peu philosophique, tranchons le mot, bien peu morale... Qu'est-ce, en définitive, qu'une peine infamante? Pourquoi la loi attache-t-elle l'infamie à telle peine ou à telle autre? C'est ce dont il est impossible de donner une raison. Quoi qu'il en soit, les peines infamantes (autres que celles emportant mort civile, et, dès lors, dissolution du mariage) sont : les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement et la dégradation civique (art. 8 C. pén.); l'emprisonnement, lui, n'est pas de ce nombre. Ainsi, le voleur qui, successivement et par récidive, a été condamné à deux ans, cinq ans et dix ans de prison, ne serait pas infâme; et le maire qui, par application de l'art. 130 du Code pénal, serait condamné à la dégradation civique, pour avoir délibéré sur le point de savoir si une loi devait être publiée, serait noté d'infamie!... Si cette théorie n'avait pas de conséquences pratiques, la loi ne serait que ridicule, car il n'est pas à craindre que l'opinion publique la suive dans de pareilles idées; mais on voit quels résultats de faits découleront de là; la femme probe et délicate, dont l'époux a subi plusieurs fois la prison pour vol, sera tenue d'habiter toujours avec lui; et la femme du maire qui a délibéré sur la publication d'une loi pourra se séparer de corps!!!

Du reste, si mauvaise qu'on puisse trouver la loi sous ce rapport, elle est formelle; il faudra donc l'appliquer. Mais, du moins, il faut bien se garder de l'étendre encore au delà de ses termes, en admettant la séparation, comme le fait M. Duranton (t. II, 561, 562), pour une condamnation prononcée antérieurement au mariage. C'est la condamnation *de l'un des époux* qui peut motiver la séparation de corps; et la preuve que la loi entend bien parler d'un époux qui avait déjà cette qualité au moment de sa condamnation, c'est qu'elle ne s'occupe pas le moins du monde de poser une distinction qui, pour le cas de condamnation antérieure au mariage, serait indispensable. En effet, la séparation, évidemment, ne pourrait être admise que pour l'époux qui aurait ignoré la condamnation de son conjoint. Eh bien! où l'art. 232 fait-il allusion à cette distinction entre l'ignorance et la connaissance de l'époux?... Il est vrai que M. Duranton la fait, cette distinction; mais où la trouve-t-il dans la loi? L'art. 232 n'en dit pas un mot, et son silence à cet égard est assez significatif.

---

(1) Besançon, 1er février 1806; Lyon, 4 avril 1819; Toulouse, 30 janvier 1821; Bordeaux, 6 juin 1839; Rouen, 30 déc. 1840 (Dev., 39, 2, 301; et *Rec. de Rouen*).

Mais, enfin, dit M. Duranton, vous laisserez donc sans ressource l'épouse honorable qui a épousé par erreur un forçat libéré ?... Non. La raison et les principes du droit disent que, quand un contrat a été engendré par l'erreur, ce n'est pas une modification dans les effets de ce contrat qu'il faut demander, c'est sa nullité, et l'art. 180 donne, en effet, à l'époux trompé, le droit de faire annuler le mariage. M. Duranton, qui accorde comme nous cette action en nullité, n'a donc été amené à la doctrine que nous rejetons ici, que par une étrange confusion des causes de séparation avec les causes de nullité du mariage. Les principes se refusent évidemment à admettre, soit des causes de séparation antérieures à la célébration, soit, réciproquement, des causes de nullité qui lui seraient postérieures.

M. Demolombe (IV, 392), tout en reconnaissant que la séparation ne saurait résulter d'une cause antérieure au mariage, et tout en réfutant, comme nous, M. Duranton, arrive cependant au même résultat que lui, en disant que la séparation pourrait alors être prononcée *pour injure grave*. Il y a, suivant lui, dans la coupable dissimulation de l'époux flétri, une injure qui s'est réalisée lors de la célébration et *s'est prolongée depuis le mariage*... Cette idée est inexacte. L'injure, en effet, réside ici dans le fait de l'individu d'*être devenu mon époux*, malgré sa flétrissure : aussitôt ce fait accompli, et dès l'instant qu'il a été devenu mon conjoint, tout a été consommé ; car il n'a plus été au pouvoir de cet individu de n'être pas mon conjoint. Mais, puisque l'injure consiste à être venu m'épouser, elle est donc celle d'un individu qui n'était pas encore mon époux. C'est donc un cas, non de séparation pour injure, mais de nullité pour erreur (1).

Cette impossibilité de la séparation est reconnue par Toullier (II, 673) et par Proudhon (I, p. 491) ; mais leurs motifs sont évidemment inacceptables. Toullier, en effet, se contente de dire que chaque époux a dû connaître avant le mariage la condition de son futur conjoint, tandis qu'il est assurément bien possible qu'il ne l'ait pas connue ; et Proudhon va jusqu'à dire que c'est un principe de droit qu'on est réputé connaître la position de la personne avec laquelle on traite, et qu'on n'est pas recevable à prétexter ensuite cause d'ignorance. Ceci conduit tout droit à dire qu'on ne pourra jamais demander l'annulation d'un mariage pour erreur !... Nous nous étonnons que M. Duvergier et M. Valette, dans leurs annotations, n'aient pas relevé de pareilles inexactitudes (2).

V. — 763. Nous avons déjà fait remarquer que, d'après le texte formel de l'article suivant, la séparation de corps ne peut jamais avoir lieu par le seul consentement des époux. Il suit de là que, dans cette matière, la reconnaissance que le défendeur passerait formellement des

---

(1) Voy. en sens contraire sur le dernier point les annotations de l'art. 180.

(2) La demande de séparation de corps peut être formée par simple requête, lorsqu'elle est fondée sur la condamnation à une peine infamante. Dijon, 28 déc. 1864 (Dev., 65, 2, 124); Caen, 13 mai 1867 (Dev., 68, 2, 112; 69, 2, 14); Bordeaux, 11 août 1868 (Dev., 69, 2, 14); Caen, 29 janvier 1872 (Dev., 72, 2, 75).

faits à lui reprochés, ne suffirait pas pour établir ces faits et motiver la condamnation. Autrement, il serait trop facile aux deux époux, par l'aveu frauduleux de faits imaginaires, d'arriver à une séparation sans cause légale et résultant de leur seule volonté.

Mais ce n'est pas à dire que l'aveu du défendeur serait toujours insignifiant : il devra, au contraire, être pris en considération, quand d'autres éléments de conviction viendront s'y joindre.

307. — Elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile : elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

SOMMAIRE.

I. Dans quelles formes doit s'intenter et s'instruire la demande en séparation.
II. Mesures provisoires auxquelles elle peut donner lieu.
III. Fins de non-recevoir contre la demande. Renonciation de l'époux offensé.
IV. La réciprocité des torts n'est point une fin de non-recevoir. Erreur de M. Duranton.
V. La mort d'un des époux empêche d'intenter l'action ; elle empêche même de la continuer. Dissentiment avec MM. Duranton et Zachariæ.

I. — 764. Nous venons d'expliquer la seconde proposition de cet article; il ne nous reste à parler que de la première, relative à la procédure qui doit être suivie en matière de séparation de corps.

Si l'on s'en tenait à la lettre de notre article, on dirait que l'action en séparation de corps doit s'intenter et s'instruire, sans aucune règle particulière, comme toutes les affaires civiles ordinaires. Ce serait une erreur : car quelques règles spéciales sont tracées pour cette action au Code de procédure. Notre article a seulement voulu dire qu'on ne suivra pas ici toute la procédure organisée en détail par le Code civil, pour la demande en divorce.

L'époux qui veut intenter l'action doit présenter au président du tribunal de son domicile une requête à laquelle celui-ci répond par une ordonnance enjoignant aux parties de comparaître devant lui, à jour indiqué, sans assistance d'avoués ni de conseils. Si le président ne réussit pas à opérer un rapprochement, il rend une seconde ordonnance par laquelle il les renvoie à se pourvoir devant le tribunal, en autorisant la femme à procéder et à se retirer provisoirement dans une maison convenue entre les parties ou désignée par lui (C. proc., art. 875 à 878). Une fois intentée d'après ces règles, l'action, dit l'art. 879 du Code de procédure, sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes. Aussi, croyons-nous, avec Toullier, Favart et M. Zachariæ, que ce serait violer cet article que de suivre, en cas de séparation, la procédure sommaire que l'art. 261 du Code civil traçait pour la demande de divorce fondée sur la condamnation à une peine infamante.

Il en est autrement de la disposition de l'art. 251 qui, par exception à la règle générale de l'art. 283 du Code de procédure, permettait d'entendre comme témoins les parents et les domestiques des époux

(à l'exception des descendants). Ce n'est plus là une question sur les formes de l'instruction ; la forme de l'enquête sera toujours la même, soit qu'elle contienne ou ne contienne pas les témoignages domestiques. Il n'y a donc aucune raison de rejeter ici une règle sans laquelle il deviendrait souvent impossible de découvrir la vérité, puisque les parents et les serviteurs seront souvent les seuls qui connaîtront bien les faits allégués de part et d'autre par les époux.

765. Nous avons dit que, d'après l'art. 875 du Code de procédure, c'est au président du tribunal du domicile commun que l'époux demandeur en séparation doit présenter sa requête ; par là se trouve appliquée à la séparation de corps la pensée de l'art. 234, qui déclarait que, quels que fussent les délits qui donneraient lieu à la demande en divorce, ce serait toujours au tribunal d'arrondissement du domicile que l'action devrait être portée. Ainsi, que la demande eût été formée pour tentative de meurtre, ce n'est pas la Cour d'assises appelée à prononcer sur le crime, mais bien le tribunal d'arrondissement, le tribunal civil, qui aurait pu être saisi de la demande, et il en est de même pour la demande en séparation de corps. La loi ne veut pas qu'une action aussi grave que celle-ci, une action relative à l'état civil des personnes, soit jugée comme accessoire d'une action criminelle ; et, par conséquent, ce cas ne tombe pas sous la règle générale de l'alinéa 1er de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui permet de poursuivre l'action civile en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. On ne pouvait pas assimiler une action en séparation de corps à la simple demande des dommages-intérêts dus par suite d'un délit.

Et puisque, dans ce cas de demande en séparation fondée sur un crime ou un délit, les deux actions doivent s'intenter séparément, l'une à la cour d'assises ou à la police correctionnelle, et l'autre au tribunal civil, il s'ensuit qu'il faudra appliquer ici le deuxième alinéa du même art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui veut que, quand les deux actions sont ainsi séparées, la procédure reste suspendue au civil jusqu'à la fin de l'action criminelle intentée avant ou pendant l'action civile. Ainsi se trouve appliquée au cas de séparation la règle que l'art. 235 traçait en termes exprès pour le cas de divorce.

D'après le décret du 30 mars 1808, art. 22, toute contestation relative à l'état civil doit, sur l'appel, être jugée par la Cour d'appel en audience solennelle, toutes chambres réunies. Mais la plupart des arrêts de Cours d'appel et tous les arrêts de la Cour suprême, jusqu'en 1835, où cette Cour changea de jurisprudence, avaient décidé que les questions de séparation de corps n'étaient pas des questions d'état dans le sens du décret, et que cet art. 22 ne s'appliquait pas à elles, lorsque, le 16 mai de cette année 1835, fut rendue une ordonnance royale qui, tout en reconnaissant que ces contestations étaient comprises dans le décret, déclara que ce décret serait désormais modifié sous ce rapport,

et que les appels de séparation de corps seraient à l'avenir jugés en audience ordinaire.

II. — 766. Voyons maintenant jusqu'à quel point les mesures provisoires ordonnées pour le cas de divorce peuvent s'appliquer à la demande en séparation de corps.

L'unanimité des auteurs et une jurisprudence dont aucun arrêt n'est venu, jusqu'à ce jour, modifier l'uniformité, admettent que toutes les mesures provisoires indiquées pour le cas de divorce peuvent être prises aussi pour la séparation de corps, et que, par conséquent, les cinq art. 267 à 271 sont applicables à notre matière, moins la règle résultant de la disposition finale de l'art. 269. Et, en effet, il suffit de lire ces cinq articles pour partager le sentiment général.

Ils déclarent : 1° que pendant l'instance la puissance paternelle et, par conséquent, l'administration des enfants resteront au mari ; mais que le tribunal peut l'en priver si l'intérêt de ces enfants le réclame (267) ; 2° que la femme peut être autorisée à quitter le domicile conjugal pour résider dans la maison qui lui est indiquée, et, si les biens dont elle jouit sont insuffisants, obtenir du mari une pension proportionnée aux facultés de celui-ci (268) ; si la femme ne justifie pas de sa résidence dans la maison indiquée, le mari peut lui refuser la provision alimentaire (269) ; 3° que dans le cas de communauté la femme peut exiger l'apposition des scellés sur les biens meubles de la communauté (278) (1) ; 4° enfin que toute obligation à la charge de la communauté et toute aliénation des immeubles communs, consenties par le mari en fraude des droits de la femme, postérieurement à l'ordonnance qui renvoie les parties à se pourvoir, seront déclarées nulles (271) (2).

Ces diverses règles se réduisent en définitive à des conséquences des principes généraux du droit ou à de simples mesures conservatoires : d'ailleurs, la nécessité et la justice de ces dispositions sont les mêmes en cas de séparation ; toutes doivent donc s'y appliquer, sauf les légères modifications qui peuvent résulter des formes différentes indiquées par le Code de procédure. Ainsi, tandis que la maison où la femme doit se retirer était, d'après l'art. 268, indiquée par le tribunal, c'est par le président seul qu'elle doit l'être, d'après l'art. 878 du Code de procédure, si les époux n'en conviennent pas entre eux.

Quant à la disposition finale de l'art. 269, qui déclarait la femme demanderesse non recevable à continuer ses poursuites, quand elle ne justifiait pas de sa résidence dans la maison indiquée, comme c'est là une règle extrêmement rigoureuse et tout à fait exorbitante du droit commun, on ne peut plus, dans le silence de la loi, l'étendre d'un cas à l'autre (3).

---

(1) Voy. Caen, 19 déc. 1865 (Dev., 66, 2, 234).
(2) Voy. Cass., 26 juin 1866 (Dev., 66, 1, 334).
(3) *Conf.* Duranton (II, n° 578); Favard de Langlade (*Rép.*, v° Sép. de corps, sect. 2, n° 5); Zachariæ (§ 493, note 22); Toullier (I, p. 366); Vazeille (*Mariage*, II,

III. — 767. Avant d'arriver à l'explication de ce qui concerne le jugement de séparation de corps et ses effets, ce qui fait l'objet des articles suivants, il nous reste à examiner les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à la demande.

Le droit de demander la séparation de corps n'étant établi que dans l'intérêt particulier de l'époux offensé, celui-ci peut donc y renoncer, soit expressément, soit tacitement. La renonciation expresse ou tacite constitue toujours un pardon plus ou moins entier, une remise plus ou moins complète de l'offense. Or, la concession du pardon rendant plus grave encore l'injure qui la suit, et détruisant tout naturellement l'effet de la réconciliation antérieure, le conjoint pourra donc faire valoir à l'appui de sa demande les faits antérieurs au pardon : d'où il suit que la séparation pourra être prononcée, quand même les faits postérieurs à la réconciliation ne seraient pas assez graves pour la motiver par eux-mêmes, si ceux accomplis antérieurement présentent la gravité nécessaire.

Du reste, il est évident que pour la preuve de la réconciliation on ne pourrait pas repousser comme insuffisant l'aveu du demandeur; car si le consentement mutuel ne peut pas être une cause de séparation, il est, au contraire, une cause parfaitement légale ou plutôt la seule cause possible du rapprochement des époux (art. 309). C'est donc seulement quand le demandeur niera la réconciliation qu'il sera nécessaire au défendeur d'en fournir la preuve; et il est clair que la preuve des faits constituant la réconciliation devra se faire d'après les règles tracées pour la preuve des faits sur lesquels se fonde l'action elle-même. Ces idées, que proclame le droit commun, sont précisément celles que consacraient, pour le cas de divorce, les art. 272, 273 et 274, lesquels, dès lors, recevront leur complète application au cas de séparation de corps; sous cette exception, bien entendu, laquelle découle d'ailleurs de ce qui vient d'être dit, que, pour la preuve des faits de réconciliation, ce n'est pas la forme spéciale du divorce, mais la forme ordinaire de l'art. 879 du Code de procédure qu'il faudra suivre.

768. Maintenant, quels faits seront de nature à constituer la réconciliation, la renonciation tacite de l'époux offensé? C'est là un point entièrement laissé à l'appréciation des tribunaux.

Toutefois, il est évident que le fait que la femme demanderesse ou défenderesse est restée pendant l'instance au domicile conjugal, ou y est rentrée après avoir résidé d'abord dans une autre maison, ne suffirait pas par lui seul, et abstraction faite des circonstances, pour donner une preuve de réconciliation. Jusqu'à la séparation de corps prononcée,

---

n° 567); Aubry et Rau (I, § 493). *Contrà :* Demante (II, n° 12 *bis*); Demolombe (*Mar.*, II, n° 414). Paris, 13 juillet 1870 (Dev., 70, 2, 268).

Jugé que la déchéance édictée par l'art. 269 est facultative et qu'il appartient au juge de décider si, dans les circonstances du procès, la résistance de la femme est réellement coupable et de nature à entraîner contre elle la sanction écrite dans la loi. Metz, 17 janvier 1855 (Dev., 55, 2, 241); Agen, 14 mars 1865 (Dev., 65, 2, 131); Cass., 29 juin 1868 (Dev., 68, 1, 402).

l'obligation pour la femme d'habiter avec le mari, et l'obligation de celui-ci de la recevoir demeurent comme règle commune; le droit pour la femme d'habiter séparément n'est qu'une exception de faveur, et le fait que la femme n'en a pas usé ou a cessé d'en user, prouve tout simplement que la vie commune ne lui a pas paru, ou a cessé de lui paraître assez dangereuse pour rompre à tout prix cette vie commune. Et, puisque la continuation ou la reprise de la vie commune ne peut donner, par elle seule, une preuve suffisante, il s'ensuit qu'on ne pourrait pas non plus déduire cette preuve absolue de la survenance d'une grossesse de la femme. On devrait seulement voir là, soit contre la femme, soit et surtout contre le mari, une légère présomption qui pourra se changer en preuve au moyen d'autres circonstances, mais qui ne suffirait pas seule. Tout ceci, nous le répétons, est abandonné à la discrétion du juge (1).

IV. — 769. D'après l'art. 336 du Code pénal, la femme poursuivie par son mari devant le tribunal de police correctionnelle, doit être déchargée de l'action, s'il est prouvé que le mari est lui-même coupable d'avoir entretenu une concubine dans la maison conjugale. Faut-il, comme le fait M. Duranton (II, 574), conclure de là que, quand les deux époux sont ainsi coupables d'adultère, et même, en règle générale, toutes les fois que les deux époux sont réciproquement coupables des mêmes faits, chacun d'eux est non recevable à demander la séparation de corps? La négative nous paraît certaine. Quoi! quand les deux époux voient l'un et l'autre leur vie continuellement en danger, quand chacun d'eux se porte habituellement contre l'autre aux derniers excès, il faudrait dire qu'ils n'ont pas le droit de se séparer légalement! S'il n'y avait danger que pour la santé ou la vie de l'un d'eux, vous vous empresseriez d'y porter remède; et, parce que le danger est double, parce que l'existence de tous deux est compromise, il n'y aura rien à faire! Singulière idée de déclarer la vie commune obligatoire, non pas *quoique*, mais *parce que* vous la reconnaissez doublement impossible!... Mais, enfin, dit-on, tous deux étant également coupables, comment rendre *au profit* de l'un une sentence *contre* l'autre? Tous deux sont coupables de faits motivant une séparation, eh bien! que tous deux demandent cette séparation; que le défendeur réponde à l'action de son conjoint par une demande réciproque; et ces deux demandes, au lieu de s'éteindre l'une l'autre par compensation, feront prononcer la séparation *contre* tous deux : tous deux seront légalement condamnés aux dépens; tous deux subiront les conséquences pénales auxquelles le jugement peut donner lieu, par exemple, la perte du préciput conventionnel (art. 1518).

Spécialement, pour le cas d'adultère du mari et de la femme, comment pourrait-on déduire de l'art. 336 du Code pénal la non-recevabilité de l'action en séparation de corps? De ce que l'époux qui se plaint

(1) Jugé que le consentement du mari à reprendre sa femme ne résulte pas nécessairement de ce que des rapports intimes, mais accidentels, se seraient rétablis entre les époux. — Cass., 30 déc. 1861 (Dev., 62, 1, 113; *J. Pal.*, 62, 1, 57).

de l'adultère de sa femme est lui-même aussi coupable qu'elle, la loi a tiré cette conséquence, qu'il ne doit pas être écouté, quand il vient demander à faire punir cette femme. La sagesse de cette disposition est évidente : quand un mari, qui seul peut poursuivre sa femme pour adultère (car le ministère public lui-même ne le peut pas), est, lui aussi, coupable du même délit, ne serait-il pas ridicule qu'il vînt remplir contre elle les fonctions d'accusateur public et la faire emprisonner? Mais, quand il vient demander à rompre la vie commune, pourquoi son propre délit le rendrait-il non recevable? Est-ce que la réciprocité de torts rendra cette vie commune plus facile? Est-ce que la haine mutuelle des deux époux sera moins profonde et donnera lieu à moins de dangers? Évidemment non, et si la loi a sagement fait de refuser alors au mari l'action criminelle pour la punition de la femme, elle a sagement fait aussi de ne point enlever alors à l'un des époux l'action civile en séparation. Sans doute, les tribunaux pourront et devront prendre en considération cette réciprocité de torts pour apprécier les faits reprochés au défendeur; ainsi, des injures adressées par la femme au mari et qui, indépendamment de circonstances spéciales, auraient dû motiver la séparation, pourraient bien être déclarées trop peu graves à cause de la provocation qui se trouverait dans certains faits du mari. Alors, on ne viole pas la loi, puisqu'on déclare que les faits reprochés au défendeur n'ont pas assez de gravité. Mais poser en principe que *la réciprocité de torts doit produire une fin de non-recevoir, surtout lorsqu'ils sont de même nature,* c'est une violation manifeste de la loi; et c'est avec raison que cette doctrine est généralement repoussée (1).

V. — 770. La mort de l'un des époux rendrait évidemment non recevable l'action en séparation de corps. Elle ne pourrait être intentée ni contre les héritiers de l'époux prétendu coupable par l'autre époux, ni par les héritiers de celui-ci contre l'époux prétendu coupable. Il ne faudrait pas argumenter ici de l'art. 957, 2e alinéa, qui, tout en défendant à un donateur d'agir en révocation pour ingratitude contre les héritiers du donataire, permet cependant aux héritiers de ce donateur d'agir contre le donataire; il y a une profonde différence entre les deux cas. L'action en révocation d'une donation pour ingratitude, si elle est purement morale dans sa cause (puisqu'elle est fondée sur l'injure), est, purement pécuniaire dans son objet, puisqu'elle tend uniquement à la reprise du bien donné. L'action en séparation de corps, elle, touche à des intérêts purement moraux, aussi bien dans son objet que dans sa cause; car ce à quoi elle tend, c'est le relâchement du lien conjugal, et si, par l'admission de la séparation, des intérêts pécuniaires se trouvent remués, ce n'est que par contre-coup.

(1) Merlin (*Quest.*, vº Adult., § 8); Toullier (II, 764); Favard (vº *Séparat.*); Dalloz (*ibid.*); Vazeille (II, 536); Zachariæ (III, p. 364); Demolombe (IV, 416); Rej., 9 mai 1821; Rennes, 1er juin 1823; Toulouse, 9 janvier 1824; Orléans, 11 avril 1832; Nîmes, 14 mars 1842 (*J. Pal.*, t. I de 1842, p. 750, et aux dates indiquées). Voy. ci-dessus la note 2e sous l'art. 306, p. 625.

Cette considération, aussi simple qu'elle est vraie, donne la réponse à une question qui est controversée parmi les jurisconsultes, celle de savoir si l'action ne doit pas du moins se continuer, quand le décès d'un des époux n'arrive que dans le cours de l'instance. Nous n'hésitons pas à répondre non. Comment continuer à demander le relâchement du lien conjugal, quand il vient d'être brisé?... Donner une décision contraire, comme le font MM. Duranton, Zachariæ et quelques autres, c'est, d'ailleurs, confondre l'esprit et la matière, et ravaler les intérêts moraux au niveau des intérêts d'argent. Dans des actions aussi sacrées que celles de séparation de corps, de divorce, de nullité de mariage, le droit est exclusivement réservé à celui en qui réside l'intérêt moral sur lequel elles sont fondées; à moins que la loi, pour assurer davantage la sanction de la morale publique, n'accorde expressément l'action à tous les intéressés, comme elle le fait dans les nullités absolues du mariage.

Donc, quand un des époux meurt pendant l'instance, il n'y a plus lieu de prononcer la séparation; il n'y a plus lieu (et ceci est vraiment *évident*), il n'y a plus lieu de prononcer le relâchement d'un lien qui vient de se dissoudre. A la vérité, il reste alors une question pécuniaire à résoudre, celle de savoir qui devra payer les dépens : et pour la décider, il faudra voir si l'action était ou non bien fondée et, par conséquent, faire le même examen que s'il s'agissait de prononcer sur la séparation. Mais, après cet examen fait, on devrait se borner à dire qu'il y aurait eu lieu, ou qu'il n'y aurait pas eu lieu d'admettre la séparation, et que, dès lors, les dépens sont à la charge de telle partie (1), mais la séparation, elle, ne pourra pas être prononcée, et, par conséquent, les déchéances pécuniaires qui devaient la suivre, c'est-à-dire la révocation des avantages faits par le demandeur défunt à son conjoint, ne pourront pas avoir lieu. Cette révocation, en effet, n'est qu'une conséquence de la séparation prononcée, et l'effet ne peut plus se produire, quand sa cause n'est plus possible (2).

308. — La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.

771. Nous avons vu, sous l'article précédent, que l'adultère de la femme ne peut jamais être puni que sur la plainte du mari (C. pén.,

---

(1) Massol (n° 4); Demolombe (IV, 429); Rej., 5 février 1851; Rouen, 20 août 1863; Paris, 5 avril 1864; Caen, 3 mai 1864; Metz, 30 août 1864 (Dev., 64, 2, 224; *J. Pal.*, 64, 1064).

(2) Cass., 5 février 1851; Paris, 10 février 1852 (Dev., 53, 2, 77; *J. Pal.*, 53, 1, 563); Paris, 7 juillet 1870 (Dev., 71, 2, 46); Cass., 27 juillet 1871 (Dev., 71, 1, 209). — Jugé que les dépens eux-mêmes échappent dans ce cas à l'appréciation des tribunaux qui, ne pouvant juger le principal, ne peuvent dès lors statuer sur l'accessoire. Paris, 7 juillet 1870 (Dev., 71, 2, 46); Dijon, 7 février 1872 (Dev., 72, 2, 6).

art. 336). C'est donc parce que la demande en séparation, intentée par le mari pour cette cause, se trouve contenir virtuellement cette plainte, que la loi permet au tribunal d'appliquer à la femme la peine ordinaire de ce délit, en même temps qu'il prononce la séparation. La preuve que c'est bien en vertu de la plainte implicite du mari que la peine est prononcée, c'est que celui-ci, aux termes de l'article suivant, reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. Mais, s'il en est ainsi, cette condamnation pénale ne pourrait donc pas avoir lieu dans le cas où la plainte du mari n'est pas recevable, c'est-à-dire quand il a lui-même tenu sa concubine dans la maison conjugale (1).

Du reste, cette mission, donnée à un tribunal civil, d'appliquer à la femme la peine du délit d'adultère, forme une exception aux principes de compétence; et il faudrait se garder, dès lors, de l'étendre au delà du cas prévu. Ainsi, le tribunal civil ne pourrait prononcer la peine de l'adultère, ni contre le complice de la femme, ni contre le mari pour le délit duquel la séparation serait prononcée. On a vu aussi, sous l'article précédent, n° I, qu'un tribunal correctionnel ne serait pas compétent pour statuer sur la séparation de corps (2).

309. — Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme.

310. — (*Abrogé par la loi du* 8 *mai* 1816). Lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur, pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation.

311. — La séparation de corps emportera toujours séparation de biens.

SOMMAIRE.

I. Effets de la séparation de corps. Le Code les laisse sous-entendus. Le jugement entraîne l'application de l'art. 299, pour la révocation des donations.
II. Controverse sur ce dernier point. Erreur de MM. Toullier, Duranton, Demante, Duvergier, etc. Étrange inexactitude de ce dernier. — *Quid* des testaments?
III. Droits et devoirs que la séparation laisse subsister entre les époux.
IV. De la séparation de biens résultant de la séparation de corps.
V. La séparation de corps ne peut cesser que par le consentement des deux époux. Erreur de M. Duranton.

I. — 772. Par une manière de procéder qui peut paraître étrange au premier coup d'œil, mais qui s'explique bientôt facilement, le Code,

---

(1) Le désistement donné par le mari d'une plainte en adultère qu'il avait portée contre sa femme, ne fait pas obstacle à ce que celle-ci soit condamnée sur une demande en séparation de corps ultérieurement formée et par application de l'art. 308, à l'emprisonnement. — Paris, 24 mai 1854 (Dev., 54, 2, 496; *J. Pal.*, 55, 1, 469. — *Contrà* : Rouen, 1er nov. 1847 (Dev., 48, 2, 83; *J. Pal.*, 48, 1, 307).

(2) Il ne s'agit pas dans notre article, de la *réclusion* proprement dite, mais de *l'emprisonnement* (C. pén., art. 7, 9, 21, 40, 337).

Il a été jugé que la peine prononcée par l'art. 308 ne peut être appliquée à la

sans nous avoir indiqué *un seul* des effets directs de la séparation de corps, nous présente ici, en terminant cette matière, une disposition qui n'est elle-même qu'une conséquence de ces effets premiers restés sous-entendus.

Nous disons que le Code ne nous a pas indiqué un seul des effets directs de la séparation; car la peine que l'article précédent enjoint d'appliquer à la femme, en cas d'adultère, n'est pas un effet de la séparation; mais bien, comme cette séparation même, un effet du délit d'adultère. Elle est si peu un effet de la séparation, que d'une part elle peut avoir lieu sans séparation (art. 337 C. pén.), et que réciproquement la séparation a souvent lieu sans elle. Et ce défaut d'indication se comprend très-bien; car la séparation de corps n'ayant été, dans la pensée du législateur, que le divorce lui-même, ramené à ce que permet le catholicisme, ce législateur a trouvé suffisant d'avoir fait connaître les effets du divorce proprement dit, lesquels, par le retranchement de ce que défendent les idées catholiques, présenteront les effets de la séparation de corps.

Les effets du divorce, indiqués dans l'art. 227, à la fin du titre *du Mariage*, et dans le chap. IV de notre titre, art. 295 à 305, consistent dans la dissolution entière du lien conjugal, puis dans certaines dispositions de détail dont les unes se rattachent intimement à cette dissolution, tandis que les autres n'ont rien d'incompatible avec le maintien de ce lien conjugal. Or, c'est précisément cette dissolution du mariage que la religion catholique prohibe rigoureusement; c'est donc cette dissolution, et avec elle tous les effets de détail qui n'en peuvent être que la conséquence, qu'il faudra rejeter; le reste nous donnera les effets légaux de la séparation de corps. Ainsi, les époux, tout en conservant cette qualité, vivront éloignés l'un de l'autre, et c'est cette cessation de la vie commune qui emportera pour eux, aux termes de notre article, distinction des intérêts pécuniaires, séparation des biens. La femme aura donc sa demeure légale à elle propre, son domicile particulier; car il n'y a là rien d'incompatible avec la qualité d'épouse (art. 108, n° I, p. 213). Ainsi encore, la disposition qui punit l'époux coupable en annulant les libéralités que son conjoint lui avait faites lors du mariage ou depuis, et qui conserve à ce conjoint toutes celles qu'il avait reçues (art. 299 et 300), n'ayant évidemment rien d'incompatible avec le maintien du mariage, s'appliquera également au cas de séparation de corps.

II. — 773. Il s'en faut beaucoup pourtant que cette dernière idée soit admise par tous les jurisconsultes; et, tandis que nous l'écrivons ici comme certaine, M. Demante, au contraire, présente la décision opposée comme ne devant pas même faire question.

Quant aux autres auteurs, on les voit partagés en deux camps à peu près égaux; et il en a été de même des arrêts jusqu'à ces derniers temps, puisque l'autorité des nombreuses décisions rendues dans notre

---

femme, lorsque trois ans se sont écoulés depuis que l'adultère a eu lieu. — Besançon, 20 février 1860 (Dev., 60, 2, 229; *J. Pal.*, 60, 436).

sens par les Cours d'appel se trouvait balancée par la jurisprudence contraire de la Cour de cassation. Mais, le 23 mai 1845, la question s'étant enfin présentée devant les chambres réunies y a été solennellement résolue dans le sens de la révocation; et par un arrêt du 17 juin suivant, la chambre civile, sur notre plaidoirie, s'est prononcée dans le même sens et a rompu ainsi avec sa jurisprudence antérieure. Notre opinion a donc pour elle aujourd'hui et la Cour suprême et la généralité des Cours d'appel (1).

Cette circonstance, qui peut être regardée comme un triomphe définitif pour la cause que nous avons toujours soutenue, ne saurait toutefois nous dispenser de discuter la question, et nous dirons un mot de chacune des principales objections que l'on fait à notre doctrine.

774. On nous oppose d'abord une considération, fort exacte en soi, mais qui tombe complétement à faux contre nous. Il est certain, dit-on, que le Code n'a pas entendu qu'on appliquerait de plein droit à la séparation toutes celles des *règles* du divorce qui ne sont pas incompatibles avec le maintien du mariage; car le législateur a cru devoir reproduire expressément quelques-unes de ces règles, par exemple : le droit pour la femme d'habiter séparément pendant l'instance (art. 878 C. proc.); l'ordre de condamner la femme adultère à l'emprisonnement (art. 308), etc. Ceci est très-vrai; mais ceci ne signifie rien contre nous. Nous ne disons pas, en effet, qu'on doit appliquer à la séparation toutes les *règles* compatibles avec le maintien du mariage; c'est seulement des *effets* que nous parlons. Pour les *formes* à suivre, pour les *mesures provisoires* à prendre, pour quelques *règles accessoires* à appliquer, des dispositions expresses sont écrites pour la séparation de corps; donc, le législateur n'avait pas la pensée qu'on y appliquerait de plein droit toutes celles qui, dans le divorce, se trouveraient compatibles avec le maintien du mariage. Mais pour les *effets* que la

(1) Il est difficile de s'expliquer, en présence de ceci, comment M. Duvergier, qui professe la doctrine du maintien des libéralités, a pu, dans son édition annotée de Toullier (II, n° 781, p. 63, note), présenter cette doctrine comme *conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation*, comme si les deux arrêts de 1845 (qui ont eu pourtant assez de retentissement) n'existaient pas, et sans rien dire non plus des *vingt-huit* arrêts précédemment rendus dans le même sens par les Cours d'appel!... Voici, au surplus, l'indication des autorités pour et contre notre doctrine :

Contre : Merlin (*Quest.*, v° Sépar. de corps); Grenier (*Donat.*, n° 220); Toullier et Duvergier (II, 783); Duranton (II, 629); Demante (*Prog.*, I, 285); Poujol (art. 959, n° 8); Zachariæ (III, p. 365); Coin-Delisle (art. 959, n°s 4-9); Douai, 10 mai 1847.

Pour : Proudhon et Valette (I, ch. 24, sect. 4); Chabot (*Quest. trans.*); Delvincourt, Pigeau (II, p. 571); Guilhon (II, 640); Dalloz (ch. 1, sect. 3); Vazeille (art. 959, n° 2); Pont (*Rev. de législ.*, 1845, p. 90); Lassaulx (II, p. 152); Grolman (III, p. 500); Coulon (II, p. 376); Taulier (I, p. 369); Massol (p. 297); Demolombe (IV, 526 et suiv.); puis (depuis 1830 seulement) : Toulouse, 20 février 1832; Agen, 13 août 1832; Caen, 5 mars 1834; Paris, 18 août 1834; Caen, 9 déc. 1836; Bordeaux, 31 mai 1838; Rouen, 15 nov. 1838; Caen, 22 avril 1839; Rouen, 26 août 1842; Rennes, 20 juillet 1843; Rej. (*chambres réunies*), 23 mai 1845; Rej. civ., 17 juin 1845; Caen, 1er juillet 1845; Cass., 25 avril 1849; Rej. civ., 18 juin 1849, 5 déc. 1849; Pau, 8 août 1853; Paris, 20 août 1862 (Dev., 45, 1, 321, et 2, 551; *J. Pal.*, 1845, t. II, p. 140 (Dev., 49, 1, 505; 50, 1, 5, et 225).

Mais cette révocation ne porte aucune atteinte aux droits que les tiers ont antérieurement à la demande en séparation acquis sur les biens donnés. Cass., 30 août 1865 (Dev., 66, 1, 9). — Voy. en sens contraire Marcadé (*Rev. crit.*, t. V, p. 527).

séparation de corps doit produire, la loi ne dit pas *un mot,* ni dans le Code civil, ni dans le Code de procédure ; elle déclare seulement en indiquant une conséquence éloignée et médiate, qu'il y aura séparation de biens à côté de la séparation de corps; mais cette séparation de corps, elle, en quoi consistera-t-elle? Quels résultats produira-t-elle? Le Code n'en parle pas. Donc, il a entendu qu'on les trouverait ailleurs. Et où donc, si ce n'est pas dans ceux des résultats du divorce que n'exclut pas le maintien du mariage?... Donc, quand nos adversaires font un choix entre ces résultats compatibles avec la nature de la séparation, et qu'ils admettent celui-ci pour rejeter celui-là, ils font de l'arbitraire.

On ajoute que le législateur n'a pas voulu attribuer à la séparation les déchéances pécuniaires attachées au divorce, et l'on en cite comme preuve les art. 386 et 767, qui n'enlèvent qu'à l'époux divorcé, et non à l'époux séparé de corps, l'un, l'usufruit légal des biens des enfants, et l'autre, le droit pour l'époux de succéder à son conjoint. Mais on ne fait pas attention que ces dispositions ne résultent que de la dissolution du lien conjugal, et que, dès lors, elles sont du nombre de celles qui se trouvent incompatibles avec le maintien du mariage. En effet, d'après l'art. 384, l'usufruit légal des biens des enfants appartient, pendant le mariage, au père, *et après la dissolution du mariage au survivant* des père et mère. Ce changement apporté en principe, par la dissolution du mariage, à l'attribution de l'usufruit légal, présentait une difficulté dans le cas de dissolution par le divorce, puisque alors, malgré la dissolution, il n'y a pas d'époux survivant, mais deux anciens époux vivant tous deux. Or, puisque l'un de ces époux était coupable et l'autre innocent, il était tout naturel de sortir de la difficulté en attribuant l'usufruit à ce dernier : c'est ce qu'a fait l'art. 286. Mais cette difficulté ne se présentait plus en cas de séparation de corps; puisque alors, le lien conjugal durant toujours, on restait sous le principe général de l'art. 384, qui attribue l'usufruit au père, tant que dure le mariage. Quant à l'art. 767, il donne droit de succession à celui qui est époux au moment de l'ouverture de l'hérédité, et c'est parce que le divorce brise ce titre d'époux que le conjoint divorcé ne peut plus succéder. Aussi le droit de succéder disparaît-il alors tout aussi bien pour l'époux *qui obtient* le divorce, que pour celui *contre qui* on le prononce, parce qu'en effet l'un ne conserve pas plus que l'autre le titre d'époux. — Donc, il ne s'agissait là que d'effets découlant de la dissolution du mariage, et il y avait, dès lors, impossibilite de les appliquer à la séparation de corps. L'argument qu'on voulait tirer de ces dispositions s'évanouit donc, ou plutôt il se retourne contre la doctrine opposée, avec une force à laquelle on ne saurait échapper.

En effet, parmi les déchéances d'avantages pécuniaires qu'entraîne le divorce, il en est une dont la loi n'avait pas non plus parlé dans notre titre et qui était de nature, elle, à ne présenter rien d'incompatible avec le maintien du mariage. Nous voulons parler de la privation

de la fraction de communauté que l'époux, dans son contrat de mariage, s'était réservé de prendre par préciput, c'est-à-dire avant partage. Cette déchéance n'étant pas une conséquence de la dissolution du mariage et pouvant se réaliser tout aussi bien pendant l'existence du lien conjugal qu'après sa rupture, c'était là qu'il fallait voir si le législateur a ou non entendu que la séparation de corps entraînerait les déchéances qui ne sont pas incompatibles avec le maintien de ce lien. Eh bien ! qu'a fait le législateur ? Ce que notre doctrine commandait de faire. Il a déclaré, dans l'art. 1518 que la déchéance du préciput aurait toujours lieu contre l'époux coupable, aussi bien par l'effet de la séparation de corps que par l'effet du divorce. Or, comment expliquera-t-on que le législateur, qui a bien eu soin de ne parler que du divorce dans les art. 386 et 1441, ait eu la pensée de remettre la séparation sur la même ligne que le divorce, dès qu'il s'agirait d'une déchéance compatible avec le maintien du mariage? On cherche à répondre en disant (M. Duranton, n° 629, 4° alin.) que le préciput n'est pas tout à fait une donation, que ce n'est pas une pure libéralité, mais une convention dispensée par l'art. 1516 des formalités des donations. La réponse est étrange et vient précisément augmenter la force de notre argument. Car, s'il est vrai que le préciput n'est pas, à proprement parler, une donation, que c'est un mélange de libéralité et de convention à titre onéreux, que s'ensuivra-t-il ? Que sa déchéance ne doit s'admettre que pour des causes beaucoup plus énergiques ; car il est élémentaire qu'une révocation d'acte onéreux est quelque chose de beaucoup plus grave que la révocation d'un acte gratuit. Ainsi, par exemple, on n'admettrait pas la révocation d'un acte onéreux pour ingratitude ou pour survenance d'enfant (art. 953). C'est donc par argument *à fortiori* qu'il faut déduire, de la déchéance du préciput, la déchéance des donations proprement dites.

On argumente encore contre nous de l'extrême gravité de la déchéance prononcée par les art. 299 et 300, lesquels ne révoquent les donations réciproques que d'un côté, en les laissant subsister de l'autre. Mais, outre que cette gravité est la même pour le divorce que pour la séparation, et que, dès lors, elle n'est pas plus étrange dans ce cas de séparation, lequel (on ne devrait pas l'oublier) ne se réalise que pour les mêmes causes ; outre que cet argument ne peut pas être plus fort ici que dans le cas d'un préciput qui, lui aussi, peut être et est souvent réciproque, en outre de ces raisons, il suffit de répondre que cette prétendue gravité plus grande n'est qu'une idée fausse, attendu que la loi ne peut pas admettre qu'une libéralité trouve sa cause dans une autre libéralité (voy. art. 202, n° IV).

On prétend enfin (et cet argument a du moins le mérite d'attaquer notre doctrine en face), qu'au fond la déchéance des donations faites dans le contrat de mariage est compatible avec le maintien du lien conjugal, attendu qu'il existe un rapport intime, une connexité profonde, entre l'indissolubilité de ce lien et l'irrévocabilité de ces donations. A cela nous pourrions répondre que le contraire est, non pas

seulement certain, mais évident et palpable, puisqu'on touche du doigt qu'on peut enlever à un époux une donation, un avantage pécuniaire, sans lui retirer son titre d'époux; qu'on peut anéantir toutes les clauses d'un contrat de mariage, sans toucher au mariage lui-même, comme cela arrive quand la séparation de biens est substituée à la communauté ou au régime dotal. Mais nous aimons mieux répondre par un fait en disant que dans notre ancien droit, dans notre vieille France, dans cette terre classique de la séparation de corps, où la dissolubilité du lien conjugal n'ávait jamais pris racine, la femme contre laquelle la séparation était prononcée pour adultère était déchue, non pas seulement de son douaire, mais encore de sa dot et de ses conventions matrimoniales! (Voy. Pothier, *Contr. de mariage*, n° 527). Que devient cette prétendue incompatibilité entre la déchéance des donations et le maintien du lien conjugal?

774 *bis*. Parlerons-nous maintenant des considérations morales qu'on nous objecte et qui, dans tous les cas, ne seraient plus du droit? Il serait imprudent, dit-on, impolitique, de révoquer les donations dont il s'agit, attendu que leur déchéance rendrait plus difficile la réconciliation des époux. Mais dans l'ancien droit, au cas même dont nous venons de parler, la loi permettait et désirait que le mari reprît sa femme (Pothiér, *ibid.*). Cela avait-il empêché le législateur de prononcer la déchéance rigoureuse que nous avons indiquée? Pourquoi donc le nôtre n'aurait-il pas admis celle, beaucoup moins sévère, de l'art. 299? Et du moment que cette déchéance n'avait rien d'impossible en droit, nous demandons à notre tour comment il aurait pu ne pas l'admettre? Nous demandons pourquoi l'époux coupable aurait obtenu l'impunité parce que sa victime prouvait plus de délicatesse, et pourquoi les principes plus sévéres de l'époux trahi auraient tourné à son désavantage? Nous demandons s'il eût été bien prudent, bien moral, de placer ainsi l'époux catholique entre l'inspiration de sa conscience et l'appât du gain; et si, en le supposant assez vertueux pour résister à la voix de l'intérêt, il eût été bien juste de lui faire ainsi acheter à prix d'argent le droit de rester fidèle à ses croyances?... Nous le dirons franchement : une séparation de corps sans déchéance des donations, nous la comprenons quand elle est seule; mais en face d'un divorce qui emporte cette déchéance et qui s'obtient *pour les mêmes causes*, nous ne la concevons pas chez un législateur intelligent.

Quoi qu'il en soit de ces considérations, qui, sans doute, ont bien autant de force que celles qu'on nous oppose, c'est en droit qu'il faut décider la question. Or, en droit, nous croyons avoir suffisamment prouvé que rien ne permet de faire un choix parmi ceux des effets du divorce qui n'ont pas pour cause nécessaire la dissolution du mariage, et qu'on ne peut repousser tel ou tel de ces effets qu'en se jetant dans l'arbitraire.

775. L'art. 299, au surplus, s'applique aussi bien aux testaments qu'aux donations entre-vifs. Son texte d'abord ne distingue pas et parle absolument de tous les *avantages faits* à l'époux coupable par son con-

joint. D'un autre côté, les motifs d'ingratitude et d'indignité qui motivent la révocation dans un cas s'appliquent également à l'autre. Quant à la circonstance que le testament est toujours révocable *ad nutum* (d'où l'on pourrait vouloir conclure l'inutilité d'une révocation de plein droit), elle est insignifiante, puisque la donation entre-vifs elle-même, quand elle est faite entre époux pendant le mariage, est également révocable d'après l'art. 1096 (1).

775 *bis*. On s'est demandé par quel délai, une fois opérée par le jugement de séparation de corps la révocation d'une donation entre-vifs, s'accomplirait, en cas de négligence de la part de l'époux donateur à répéter le bien donné, la prescription qui mettrait l'époux donataire à l'abri de la répétition. Un savant avocat, M. Hébert (ancien ministre de la justice), appelé à donner sur cette question une consultation sur les conclusions de laquelle nous avons été nous-même consulté ensuite, a répondu que le délai d'un an devrait, ce semble, suffire, par analogie de l'art. 957, mais qu'à supposer le contraire, on ne pourrait toujours pas demander plus que la prescription décennale de l'art. 1304. Or, c'est là une grave erreur, et la prescription de trente ans est seule applicable ici.

Par la prononciation, en effet, de la sentence de séparation, la donation est révoquée de plein droit; elle n'est pas dans le cas d'être annulée, elle est nulle; il ne peut pas être question de la faire briser, car elle n'existe plus; elle est anéantie. Cela étant, on ne peut donc invoquer ici ni la prescription annale de l'art. 957, puisque cet article ne règle que l'*annulation* des donations pour ingratitude, ni la prescription décennale de l'art. 1304, ce second article ne réglant également que l'*annulation* des diverses conventions. Ces deux articles ne s'occupent que des cas où il s'agit de détruire un acte existant, tandis qu'ici, une fois la séparation prononcée, la donation n'existe plus, étant révoquée de plein droit. La donation étant, dès à présent, révoquée, la propriété du donataire anéantie, son titre supprimé, ce donataire est donc désormais un simple détenteur sans titre qui ne peut, par conséquent, acquérir le bien que par une possession de trente années, sans pouvoir même invoquer la prescription de dix ou vingt ans de l'art. 2265. Cet art. 2265, en effet, exige la double condition du juste titre et de la bonne foi que le possesseur ne peut pas ici remplir. Aussi, des deux cas de révocation de plein droit des donations qui sont admis par le Code, le nôtre et celui de l'art. 960, il en est un pour lequel la loi a pris la peine de rappeler le délai de la prescription nécessaire en pareille hypothèse; or, ce délai est bien, en effet, de trente années (art. 966).

III. — 776. La séparation de corps ne dissolvant point le mariage, elle laisse donc subsister entre les deux époux les devoirs réciproques de fidélité, de secours et d'assistance. Il s'ensuit que ce n'est pas seulement à l'époux innocent, et par une exception de faveur, qu'appar-

(1) Toulouse, 24 juillet 1848; Rej., 5 déc. 1849; Nancy, 16 février 1850 (Dalloz, 49, 1, 107; 51, 2, 34). — Voy. aussi notre Examen doctrinal des arrêts dans la *Revue critique* (t. I, p. 449 et suiv., n° 3).

tient le droit d'exiger sur les biens de l'autre une pension alimentaire, comme cela avait lieu en cas de divorce, d'après l'art. 301, mais à chacun des deux époux et en vertu des principes généraux du droit.

Le maintien du mariage produit encore la continuation des règles ordinaires sur la puissance paternelle. Par conséquent, c'est au père, en vertu de l'art. 373, que les enfants restent soumis, alors même qu'il était défendeur, ce qui rend inapplicable ici la première partie de l'art. 302, d'après laquelle les enfants devaient être soumis à l'époux qui avait obtenu le divorce. Mais il est clair, et personne ne conteste en effet, que l'autorité judiciaire pourrait, conformément à la seconde partie de cet art. 302, et si l'intérêt physique ou moral des enfants l'exigeait, retirer au père, pour la confier à la mère ou même à une tierce personne, la garde de ces enfants. Il n'est pas douteux non plus que, que dans tous les cas, les père et mère conserveraient, conformément à la disposition de l'art. 303, le droit, disons mieux, le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seraient toujours tenus d'y contribuer (1).

De ce même principe de la continuation du mariage, il résulte enfin que la puissance maritale relâchée en ce qui concerne le droit pour la femme d'habiter séparément et d'administrer ses biens, n'est cependant pas brisée, et que, par conséquent, la femme ne pourrait acquérir, aliéner, ni s'obliger, en dehors de ce qui concerne son droit d'administration, sans l'autorisation du mari ou de la justice.

Quant aux différents autres articles du chapitre IV, *des Effets du divorce,* leur simple lecture suffit pour faire comprendre qu'ils sont inapplicables à la séparation de corps, sauf les art. 295 et 297, dont le texte fait naître les trois questions de savoir : 1° si les époux divorcés avant 1816 pourraient aujourd'hui se réunir; 2° si la femme contre laquelle le divorce aurait été prononcé pour adultère, avant cette époque, pourrait aujourd'hui épouser son complice; 3° enfin, si l'empêchement entre la femme adultère et son complice existe aussi dans le cas de séparation de corps.

Ces trois questions ont été résolues, la première affirmativement, les deux autres négativement, au n° IV de l'appendice au chapitre Ier, *sur les Empêchements au mariage*, p. 433.

IV. — 777. Revenons au texte de notre article. La séparation de corps, dit-il, emportera toujours séparation de biens. Les époux seront donc mis alors, quant à leurs biens, dans l'état où ils seraient s'ils avaient adopté, par leur contrat, le régime de séparation (art. 1536-1539), ou que la femme eût fait prononcer cette séparation par une action principale, comme le lui permettent les art. 1443 et suivants. Toutefois, il y aura, entre ce cas d'une séparation de biens obtenue par action principale, et celui de la séparation de biens se réalisant

---

(1) En prescrivant les mesures que d'après les circonstances actuelles ils croient utiles pour la garde des enfants, les juges peuvent se réserver de statuer plus tard sur ce dernier point et pour l'époque où les enfants auront atteint un certain âge. Cass., 18 mars 1868 (Dev., 68, 1, 208).

comme conséquence de la séparation de corps, une différence importante. C'est que, dans la première hypothèse, la séparation de biens produirait ses effets à compter du jour même de la demande; tandis qu'ici, elle ne les produira qu'à partir du jugement qui prononce la séparation de corps (1).

En principe, tout jugement, en matière civile, produit un effet rétroactif au jour même de la demande; parce que la sentence, en m'adjugeant mes conclusions, prouve que j'étais dans mon droit en formant cette demande; que dès lors, le défendeur a eu tort de me refuser satisfaction, et que, par conséquent, il doit m'indemniser du préjudice que me cause son retard d'exécuter son obligation. Mais ce principe disparaît, évidemment, quand le défendeur est mis, de par la loi même, dans l'impossibilité d'acquiescer à la demande; or, c'est ce qui a lieu pour les séparations, soit de corps, soit de biens seulement : nous avons vu l'art. 307 déclarer que « la séparation de corps ne peut avoir lieu par consentement mutuel », et l'art. 1443, 2[e] alinéa, dit que « toute séparation de biens volontaire est nulle. » Il suit de là que, pour les séparations, la règle, le droit commun est que le jugement ne devra produire ses effets qu'à partir du moment où il est rendu. Lors donc que l'art. 1445, 2[e] alinéa, déclare que « le jugement de séparation de biens remontera, quant à ses effets, au jour de la demande », il fait une exception aux principes, une dérogation au droit commun; et cette exception n'étant pas reproduite ici, pour la séparation de biens découlant de la séparation de corps, celle-ci reste sous l'empire du droit commun.

Et, en effet, l'exception ne devait pas être admise ici... Quand la séparation de biens est demandée par action principale, elle est fondée sur la mauvaise administration du mari, sur le désordre de ses affaires, sur le péril que court la dot de la femme (art. 1443); la cause de la séparation de biens existe nécessairement au moment de la demande, et il est urgent d'y obvier au plus tôt. Au contraire, quand c'est la séparation de corps qui est demandée, il n'est plus question d'intérêts pécuniaires; c'est la cessation de la vie commune qui amènera la séparation de biens, laquelle n'est plus qu'une conséquence de la séparation de corps; or, l'effet ne peut pas précéder sa cause. Et ce

---

(1) *Sic* : Delvincourt (I, p. 85); Valette (*Expl. du Code Nap.*, p. 149); Duranton, (4[e] édit., t. II, n° 622); Rodière et Pont (2[e] édit., n° 2179); Demolombe (t. IV, n° 514); Coin-Delisle (*Rev. crit.*, 1856, p. 18). — *Contrà* : Merlin (*Rép.*, v° Sép. de corps, § 4, n° 4); Toullier (t. II, n°s 705 et 776); Bellot des Minières (*Cont. de mar.*, t. II, p. 192); Massol (p. 203, n° 13); Troplong (*Cont. de mar.*, t. I, n° 1386); Massé et Vergé (t. IV, § 648); Aubry et Rau (t. IV, § 494); Bruxelles, 28 mars 1810; Limoges, 17 juin 1835; Cass., 20 mars 1855 (Dev., 35, 2, 61; 55, 1, 401; *J. Pal.*, 56, 1, 5); Cass., 13 mai 1862 (Dev., 62, 1, 885; *J. Pal.*, 63, 800); Paris, 25 avril 1862; Besançon, 15 février 1864 (Dev., 64, 2, 132); Paris, 8 avril 1869 (Dev., 69, 2, 205); Dijon, 3 déc. 1869 (Dev., 70, 2, 17); Rej., 13 mars 1872 (Dev., 72, 1, 74). — Voy. Cass., 12 mai 1869 (Dev., 69, 1, 301). Cet arrêt décide que si les effets de la séparation de biens prononcée comme conséquence de la séparation de corps remontent à l'égard des époux au jour de la demande, il en est autrement à l'égard des tiers qui, n'ayant été avertis par aucune formalité légale, sont restés étrangers à l'instance.

qui prouve bien que le législateur a entendu consacrer ces idées, si naturelles d'ailleurs, c'est que, pour la séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, il ne demande, dans l'intérêt des tiers, que la publication du jugement par suite duquel elle a lieu (art. 880 C. proc.); tandis que, pour la séparation de biens principale, cette publication du jugement, également nécessaire (art. 872, *ibid.*), doit, en outre, avoir été précédée, dès l'origine de l'action, de la publication de la demande elle-même (*ibid.*, art. 866, 867, 868).

Si donc une femme, ayant à se plaindre tout à la fois et de faits motivant une séparation de corps et d'une mauvaise administration de nature à fonder un jugement de séparation de biens, voulait faire remonter au jour même de sa demande l'effet de cette séparation de biens, il lui faudrait demander tout à la fois et la séparation de corps et la séparation de biens, en accomplissant les formalités voulues pour l'une et l'autre demande (1).

778. Puisque le jugement de séparation de corps entraîne après lui la séparation de biens et touche ainsi aux intérêts pécuniaires des époux, il s'ensuit que, si des créanciers du mari voyaient leurs droits lésés par suite du concert frauduleux de deux époux, ils pourraient, d'après l'art. 1447, attaquer le jugement obtenu en fraude de leurs droits : mais seulement, bien entendu, en ce qui touche le préjudice que ce jugement leur cause relativement aux biens de la communauté. De même, ceux qui se trouveraient lésés par le défaut de la publication voulue par l'art. 880 du Code de procédure pourraient s'opposer à l'exécution du jugement non publié; toujours, bien entendu, sous le rapport seulement des effets pécuniaires de ce jugement. L'art. 66 du Code de commerce fait une application expresse de ces principes au cas de deux époux dont l'un est commerçant; mais ce que cet article dit pour ce cas, il faut le dire de tous les cas possibles, en vertu des principes généraux du droit.

Mais ces créanciers ne pourraient pas alors, comme au cas de demande en séparation de biens, intervenir dans l'instance (art. 1447, 2e part.), parce que le débat n'a rien de pécuniaire et que la question d'argent ne naîtra qu'après le jugement et par une conséquence éloignée de ce jugement. Il n'en serait autrement qu'autant qu'une demande principale en séparation de biens serait jointe à la demande en séparation de corps. Dans ce cas, les deux questions pécuniaire et morale se trouvant réunies, rien n'empêche les intéressés de se mêler au débat en ce qui touche la première.

V. — 779. Maintenant, comment cesse la séparation de corps? M. Duranton (II, 525 et 618), posant d'abord en principe que la séparation doit se définir : *la faculté accordée à l'un des époux de vivre séparément de son conjoint,* et la considérant, dès lors, comme un bénéfice particulier, comme un droit propre à cet époux, en tire la

(1) Cass., 13 mai 1862 (Dev., 62, 1, 885; *J. Pal.*, 63, 300).

conséquence que cet époux peut toujours y renoncer et rétablir les choses dans leur état primitif, sans le consentement de ce conjoint. « Pour cela, dit-il, il lui suffira de signifier à l'autre une sommation de se soumettre à toutes les obligations résultant du mariage. » Cette idée, qui est aussi celle de M. Favart (v° *Séparation de corps,* sect. 2, § 4) et de M. Vazeille (II, 595), mais que M. Duranton lui-même reconnaît être très-douteuse, nous paraît en effet inadmissible.

Nous ne parlerons pas des hautes raisons de morale, d'équité, de tranquillité publique, qui s'opposent à son admission; nous nous bornerons à la discussion du droit. Or, tout jugement est un contrat judiciaire, et ses effets, dès lors, ne peuvent être révoqués, comme ceux de tout autre contrat, que par le consentement mutuel des parties (article 1134, 2ᵉ alin.). Ici, comme partout, pour qu'une seule des parties pût, par sa renonciation, remettre les choses au même état que devant, il faudrait que le contrat judiciaire, que le jugement de séparation n'eût engendré qu'un droit exclusif à cette partie; c'est seulement dans ce cas d'un droit unilatéral et propre à une seule personne que s'applique la règle que « chacun peut renoncer au bénéfice introduit en sa faveur. » Or, en est-il ainsi? Le jugement de séparation ne fait-il naître des droits nouveaux qu'au profit du demandeur? Pendant que le mari demandeur obtient le droit de ne plus recevoir sa femme chez lui, la femme défenderesse n'obtient-elle pas celui d'habiter séparément et de ne plus suivre son mari, celui d'administrer elle-même ses biens, de toucher elle-même ses revenus?... Mais, s'il naît ainsi des droits réciproques, une seule des parties ne peut donc pas, par sa seule volonté, remettre les choses en leur état primitif... Entrons un peu plus avant dans ces idées, et l'erreur que nous combattons va se toucher du doigt. Chacun, dit-on, peut, par sa seule volonté, renoncer au droit introduit en sa faveur. Oui, sans doute; mais il ne peut pas, par cette même volonté, renoncer aux droits introduits en faveur de son adversaire. Ainsi, que le mari demandeur renonce au droit qu'il a de ne plus recevoir sa femme, qu'il signifie à sa femme cette renonciation; que s'ensuivra-t-il? Que sa femme recouvre la faculté de venir habiter chez lui; mais non pas qu'elle y est forcée... Encore une fois, vous pouvez bien renoncer à vos droits, mais non pas aux droits de votre adversaire.

Aussi la doctrine que nous combattons reçoit-elle un démenti formel, et pour ainsi dire son brevet d'erreur, d'un des articles du Code. En effet, si la séparation n'était, dans tout son ensemble, qu'une faculté accordée au demandeur, ce demandeur, en renonçant à toutes les parties de cette faculté, et notamment à la séparation de biens qu'a entraînée le jugement, rétablirait tout sur l'ancien pied, et la communauté antérieurement existante reprendrait son cours par le seul effet de la signification de cet époux : or, l'art. 1451 déclare positivement que cette communauté ne pourra se rétablir que *par le consentement mutuel des deux parties*. Ainsi, quand la femme défenderesse, sur les instances du mari, aura consenti à rétablir la vie commune avec ses obligations, elle restera encore maîtresse, malgré la volonté contraire de l'époux, de

conserver son droit d'épouse séparée de biens. La séparation ne peut donc cesser que par le consentement réciproque des époux (1).

RÉSUMÉ DU TITRE SIXIÈME

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

I. — La séparation de corps est l'état de deux époux entre lesquels l'obligation de la vie commune a été brisée par jugement.

Nous aurons à voir successivement :

1. Les causes qui permettent de prononcer la séparation de corps;
2. Les fins de non-recevoir qui doivent faire rejeter l'action;
3. Les formes dans lesquelles l'action doit s'intenter et s'instruire, et les mesures provisoires auxquelles elle donne lieu;
4. Les effets médiats ou immédiats du jugement et les mesures accessoires qui l'accompagnent;
5. Enfin, la séparation de corps.

Des causes de la séparation de corps.

II. — La séparation de corps ne peut être prononcée que pour trois causes :

1° L'adultère de l'un des époux; mais avec une grande différence entre le mari et la femme. En effet, l'adultère de la femme est toujours une cause de séparation par lui-même. Celui du mari, au contraire, ne produit cet effet que quand il s'agit d'une concubine, d'une maîtresse, que le mari a tenue dans la maison conjugale, c'est-à-dire dans une maison dans laquelle la femme habitait, ou dans laquelle son titre d'épouse lui donnait le droit d'habiter (art. 229, 230, 306).

III. — 2° Les excès, sévices ou injures graves d'un conjoint contre l'autre.

On appelle *excès* les traitements qui mettent en danger la vie ou la santé de la personne; les *sévices* sont tous les actes qui, sans exposer à aucun danger physique, rendent cependant la vie insupportable; l'*injure,* qui peut se réaliser par des faits, des paroles ou des écrits, est tout procédé qui déshonore, outrage ou humilie la personne. Les excès sont d'une nature qui ne comporte rien de relatif; pour les deux autres classes d'actes, au contraire, il y a toujours une appréciation à faire pour décider si les procédés constituent des sévices ou des injures, ou encore, si l'injure est suffisamment grave. Cette appréciation, bien entendu, appartient aux tribunaux, et il est clair que les circonstances d'âge, de

(1) *Conf.* Zachariæ (III, p. 378); Massol (p. 350); Demolombe (IV, 532); Angers, 19 avril 1839; Rej., 3 février 1841 (Dev., 39, 2, 243; Dall., 41, 1, 107).

sexe, d'éducation, de position sociale et toutes autres doivent être prises en considération (art. 231, 306).

IV. — 3° La condamnation d'un époux, postérieure au mariage, à l'une des cinq peines que le Code pénal déclare infamantes, mais qui ne dissolvent pas le mariage. Ce sont les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion, le bannissement, la dégradation civique. Bien entendu, il faut que la condamnation soit irrévocable, c'est-à-dire qu'elle ne puisse plus disparaître au moyen de l'appel ou du pourvoi en cassation (art. 232, 306).

La séparation de corps ne peut jamais avoir lieu par le simple consentement des deux époux (art. 307).

Des fins de non-recevoir contre la demande.

V. — L'action de séparation de corps, qu'elle soit déjà intentée ou non, s'éteint par deux causes : 1° la renonciation de l'époux offensé ; 2° la mort de l'un des deux époux.

1° La renonciation, ici comme partout ailleurs, peut être expresse ou tacite. Si, postérieurement à la remise que l'époux offensé a faite, son conjoint se rend coupable de nouveaux torts, cet époux pourra agir de nouveau en invoquant les faits déjà pardonnés. C'est aux tribunaux qu'est laissée l'appréciation des circonstances dont l'époux défendeur prétend faire résulter une renonciation tacite.

2° Le décès, soit de l'époux coupable, soit de l'époux innocent, rend impossible le jugement de séparation de corps. Mais, si ce décès arrive pendant que l'instance était déjà ouverte, il faut continuer l'examen de l'affaire, pour décider si l'action était ou non fondée, et déterminer par là quelle partie doit être condamnée aux dépens.

La réciprocité de torts entre les époux doit être prise en considération pour apprécier la gravité de ceux qui sont reprochés au défendeur ; mais elle ne peut jamais être une fin de non-recevoir contre l'action (art. 307).

Des formes que l'action doit suivre et des mesures provisoires auxquelles elle donne lieu.

VI. — L'époux qui veut intenter l'action doit présenter requête au président du tribunal civil, lequel y répond par une ordonnance enjoignant aux parties de se présenter devant lui, à jour indiqué, sans assistance de tiers. Le président doit faire ses efforts pour réunir les époux, et, s'il n'y parvient pas, il rend une seconde ordonnance qui les renvoie à se pourvoir directement devant le tribunal. La même ordonnance autorise la femme à plaider et à se retirer dans la maison convenue entre les époux ou indiquée par le président ; elle enjoint au mari de remettre à la femme les effets à son usage journalier.

On procède ensuite d'après les règles ordinaires, sauf cette circon-

stance que les parents (moins les descendants) et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.

C'est toujours au tribunal civil que l'action s'intente; elle ne pourrait pas se débattre devant un tribunal criminel comme accessoire de l'action criminelle résultant des faits qui y donnent lieu. Si l'action criminelle se trouve intentée avant ou pendant l'action civile, celle-ci reste suspendue jusqu'après la décision à intervenir sur la première.

Les appels de séparation se jugent, devant les Cours d'appel, en audience ordinaire (art. 307).

VII. — Pendant l'instance, l'administration des enfants reste au père; mais le tribunal doit la lui enlever, si l'intérêt de ces enfants le demande. Si les biens dont jouit la femme sont insuffisants, le tribunal peut lui adjuger une provision, c'est-à-dire une pension, proportionnée aux facultés du mari. Enfin, quand les époux sont mariés en communauté, la femme peut exiger l'apposition des scellés sur les meubles de cette communauté; de plus, toute obligation à la charge de la communauté et toute aliénation des immeubles communs, consenties par le mari, en fraude des droits de la femme, postérieurement à la seconde ordonnance dont on a parlé ci-dessus, doivent être déclarées nulles (*ibid.*).

Effets du jugement et mesures accessoires qui l'accompagnent.

VIII. — Quand la séparation est prononcée pour l'adultère de la femme, le tribunal civil, par exception aux principes ordinaires, doit sur la réquisition du ministère public, prononcer contre celle-ci la peine ordinaire de trois mois à deux ans d'emprisonnement, peine que le mari peut empêcher ou faire cesser en consentant à reprendre sa femme. Cette condamnation pénale, émanant d'un tribunal civil, ne pourrait avoir lieu ni contre le mari adultère, ni contre le complice de l'adultère de la femme. La pénalité indiquée ici contre la femme ne pourrait plus elle-même être prononcée, si le mari de son côté était reconnu coupable d'avoir tenu une concubine dans la maison conjugale (art. 308, 309).

IX. — La séparation de corps brisant entre les époux tout rapport d'habitation, la demeure légale du mari cesse d'être la demeure légale de la femme; et celle-ci peut avoir, non-seulement sa résidence, mais aussi son domicile propre. Le jugement de séparation révoque de plein droit les donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, que l'époux innocent avait faites à l'époux coupable lors du mariage ou depuis, ce qui n'empêche pas cet époux innocent de conserver celles que son conjoint lui avait faites réciproquement. Il fait perdre également à l'époux coupable son droit au préciput conventionnel (art. 311, n^{os} I et II).

X. — La séparation de corps emporte de plein droit la séparation de

biens; mais celle-ci n'a lieu qu'à partir du jugement : si la femme voulait l'obtenir avec l'effet rétroactif jusqu'au jour de la demande, il lui faudrait la demander par action principale. C'est parce que la séparation de corps emporte la séparation de biens que le jugement doit être rendu public. Le défaut de sa publication permettrait aux intéressés de s'opposer à son exécution; mais seulement, bien entendu, en ce qui touche les intérêts pécuniaires. Ces mêmes intéressés pourraient également, toujours sous le même rapport, critiquer le jugement qu'ils prouveraient avoir été obtenu en fraude de leurs droits. Mais ils ne pourraient intervenir dans l'instance, excepté quand une demande principale en séparation de biens accompagne la demande en séparation de corps, et seulement pour ce qui concerne la première (art. 311, n° IV).

XI. — La séparation de corps laissant subsister le mariage, la puissance paternelle reste toujours au mari, et, dès lors, c'est lui qui conserve l'administration des enfants, à moins que le tribunal, dans l'intérêt de ceux-ci, ne la lui enlève, pour la confier soit à la mère, soit même à une tierce personne. De ce que le mariage continue, il suit encore que les époux se doivent toujours la fidélité conjugale, les secours pécuniaires dont l'un aurait besoin et que l'autre serait en état de fournir et même les soins personnels que les circonstances réclameraient. Il s'ensuit enfin que la femme ne peut acquérir, aliéner ni s'obliger, sans l'autorisation du mari ou de la justice, excepté pour l'administration de ses biens (art. 311, n° III).

De la cessation de la séparation de corps.

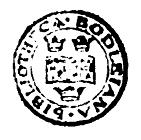
XII. — L'état de séparation de corps ne peut cesser que par le consentement mutuel des époux. Dans le cas d'adultère de la femme, le consentement du mari de la reprendre, pourvu toujours que celle-ci consente à en profiter, arrête l'emprisonnement prononcé contre elle. Du reste, la cessation de la séparation de corps ne rétablit pas de plein droit le régime sous lequel les parties se trouvaient antérieurement; à défaut d'une déclaration spéciale, qui doit émaner des deux époux également et être constaté par acte notarié, ces époux resteraient soumis au régime de séparation des biens (art. 311, n° V).

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

EXPLIQUÉES DANS LE PREMIER VOLUME.

FIN DE LA TABLE.



PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue des Missions, 15.

